9

PARECER

SOBRE O

PROJECTO DE CODIGO DO PROCESSO CRIMINAL

OFFERECIDO AO EXM. SR.

DR. SECRETARIO DO INTERIOR

PELO JUIZ DE DIREITO

TITO FULGENCIO ALVES PEREIRA

OURO PRETO
IMPRENSA OFFICIAL DE MINAS GERAES
1896

536—96

Illm. e Exm. Sr.

Em data de 21 de agosto do anno findo, dignou-se v. exc. dirigir-me o seguinte officio:

« Em resposta ao vosso officio de 9 do corrente mez, tenho a dizer-vos que a publicação no orgão official do Estado do trabalho elaborado pelo illustrado senador dr. Levindo Lopes sobre o processo criminal teve como principal intuito chamar a attenção dos competentes, e principalmente dos magistrados mineiros, para esse trabalho, que era assim submettido á critica e ao estudo daquelles a quem mais de perto interessa o assumpto.

Occupaes um logar saliente na magistratura mineira, e muito podereis contribuir, com o valioso concurso de vossa intelligencia e a reconhecida proficiencia de vossos conhecimentos, para melhor elucidação do assumpto. »

Superior, embora, ás minhas forças, cuja fraqueza reconheço e proclamo, emprehendi a tarefa com a coragem dos que cumprem santos deveres.

E hoje, que a tenho finalizado, venho offerecer a v. exc. o producto de meus esforços.

Nenhum merito, eu penso, podem ter as pequenas reflexões de um magistrado, que habita o deserto intellectual - si assim o julgardes, depositae-as no pó de vossa Secreta; ria, absolvendo o culpado, porque só agiu quando vós mesmo o exigistes.

Si qualquer utilidade, porém, trouxerem á resolução melhor do grave problema que tem de preoccupar o Congresso- ornae, com mais esse serviço ao Estado, a gloriosa administração de v. exc., que desejo sempre coberta pelas bençãos do povo mineiro.—Saúde e Fraternidade.

Illm. e Exm. Sr. Dr. Henrique Augusto de Oliveira Diniz, dd. Secretario do Interior.

Carmo da Bagagem, 26 de janeiro de 1896. — O juiz de direito, *Tito Fulgencio Alves Pereira*.

INTRODUCÇÃO

METHODO

Não creio absolutamente, perdoem-me a ousadia, na excellencia do plano de exposição, adoptado pelo illustrado auctor do projecto, e coberto com a auctoridade scientifica da Faculdade de Direito.

Consiste elle no methodo chamado *logico*, seguido por alguns juristas, especialmente tudescos, e segundo o qual o tratado do direito judiciario é dividido em duas partes—*material e formal*— : na primeira se collocam as normas do direito *substancial*, na segunda as disposições do direito *formal*.

Os defeitos deste systema salientou-os em syntheses brilhantes o eminente professor Luigi Mattirolo no prefacio do seu *Tratato di Diritto Giudiziario Civ. Italiano*, reputado guia seguro dos mestres.

Parece-me evidente, diz o sabio processualista, que ainda no campo restricto do direito processual as normas do direito material e as de direito formal são entre si tão intimamente connexas, e umas das outras dependentes, que não é possivel o seu tratamento em sede separada e distincta sem prejudicar-se a clareza do thema, e sem incorrer-se no grave inconveniente de continuar repetições de frequentes remessas, desvios necessarios do escopo de fornecer a quem lê o conhecimento exacto e completo dos singulares institutos.

E nada convence melhor da verdade destes conceitos do que as proprias disposições do projecto, onde reina confusão, por fazerem parte da primeira disposições que deviam figurar na segunda classe.

Assim, no que concerne ao instituto da citação, regula-o por inteiro o projecto na parte material: mas não ha ahi materia de natureza propriamente formal ?

Ou eu não sei precisar os characteristicos, que determinam exacta individualidade de umas e outras, ou o prejecto contém deploravel confusão, que traduz o erro do seu systema.

Mas eu não costumo fiar na minha ignorancia, e por isso não adianto um conceito que não se estribe na autoridade de um mestre.

Pois bem. Vou pedir licções ao sabio professor de direito e processo penal nas Universidades da Siena e Bolonha, L. Lucchini, que em o n. 210 dos seus— *Elementi de Procedura Penale*—assim delucida o assumpto :

«Substanciaes se dizem os actos concernentos propriamente aos escopos intrinsecos do processo, á indagação, á conservação, ao examee apreciação das provas, ao trato pessoal e ao convencimento do réo. Taes são a denuncia, o arresto e o interrogatorio do réo, o exame das testemunhas, o sequestro, a pericia, o debate, a sentença.

São formaes, ao envez, os actos que têm por unico intento fazer constar a execução dos primeiros, quaes por exemplo, o acto de denuncia ou de queixa, o relatorio do perito, *o acto de citação e de notificação*, e sobre todos o processo verbal de qualquer operação judiciaria. »

Os actos formaes representam assim propriamente, como diz a palavra, uma formalidade dos actos substanciaes :—*o acto de citação, da citação ou chamada a juizo*, o relatorio do perito, da pericia etc., etc.

Não preciso dizer mais : a analyse do projecto neste ponto, as suas confusões, o erro do seu methodo, salientou-os o mestre com a proficiencia do seu vasto saber, attestando a um tempo aquella dependencia e connexão intimas, a que alludia o professor da Universidade de Torino, como obstaculos á actuação do systema da separação.

Eu posso multiplicar ao infinito os exemplos :

Serão actos materiaes os enunerados nos arts. 28, 29, 30, 32, 33 e 37 ?

Absolutamente não, porque são formalidades, requisitos e extremos dos actos substanciaes da queixa, da denuncia, do procedimento *ex-officio*, e como formaes lá figuram no n. 211 da cit. op.

Serão tambem materiaes os actos dos arts. 73, 78 e 82, quando o seu fim é fazer *constar a execução* do corpo de delicto e das buscas ?

Não será formal o acto do art. 94, destinado, como é, a fazer constar a existencia do acto material da confissão ?

E bem assim o do art. 105, cujo objectivo é fazer constar o testemunho ?

E assim por diante, e nem é mais preciso mostrar, diante do que vae exposto, quanto distanciou-se o projecto do methodo, que procurou adoptar, tão intimas são as dependencias entre si das partes material e formal do processo.

Não se rompe com facilidade o fio das honrosas tradições do direito nacional, e ninguem me arreda da religiosa veneração que tributo á obra magestosa de nossos maiores.

Ainda neste assumpto se patentèa a grande sabedoria das gerações varonis, que se foram ; podem destruir-lhes os trabalhos gigantes, mas com certeza, elles os destruidores si « hoje queimam o que adoraram, hão de ainda adorar o que hoje queimam », por isso que são impotentes para edificar.

Os problemas sociaes, disse douto jurista, não se resolvem em forma telegraphica.

E assim procedem os reformadores do tempo...

Denominação

A voz—*criminal*—com que o genial legislador de 1830 qualificou a sua obra, em attenção ao objectivo especial da exposição dos crimes, substituiu a expressão—*penal*—o autor do Cod. de 1890, tendo sem duvida em mente as seguintes razões de Buccellati :

1.º Porque o objecto characteristico da sciencia é a—*pena*;

2.º Porque é positivamente da determinação da *pena* que assume o delicto a sua *figura juridica* :

3.º Porque a voz—*direito penal*—é por sua natureza mais comprehensiva, emquanto que *direito criminal* se refere a um facto, a que só impropriamente se pode addicionar a palavra *direito*.

Semelhante controversia em tanto quanto se agita no terreno do direito substantivo,é de certo modo extranha ao assumpto que preoccupa o projecto, si bem que o sr. I. Puglia entenda que se repete na sciencia que estuda as normas que regulam o exercicio do poder punitivo, que compete a sociedade civil.

Como quer que seja, o certo é que o processo é, como diz Lucchini, a forma, o direito, a substancia, aquelle a força em acto, este a força potencial ; dahi sua estreita, intima relação no quadro das disciplinas juridicas.

Mas si assim é, si o codigo processual é um complemento necessario do codigo penal, não é licito abstrahir da natural interrogação :

Não deve o projecto manter com o codigo do direito substantivo a correspondencia de denominação ?

Parece de evidencia irrecusavel.

Opportunidade da codificação

Bentham, tratando no cap. 4 da sua obra — *Vue generale d'un corp, complet de legislation*—das regras do methodo a seguir-se, deixou escriptos os seguintes conceitos :

«Intentar um processo é pedir satisfação por um delicto, ou exigir um serviço em virtude de um direito. Mas o cathalogo dos delictos, dos serviços, dos direitos, acha-se no codigo penal e no codigo civil ; é pois por estes que é preciso começar. »

« O processo é um meio para se chegar a um fim. E' o meio de se servir deste instrumento que se chama LEI. Descrever os meios de empregar o instrumento antes de ter descripto o proprio instrumento é uma subversão de ordem inconcebivel. »

Eis uma nitida e exacta comprehensão da lei adjectiva em suas relações com a lei substantiva; verdades as mesmas que deixei expostas nas palavras transcriptas de L. Lucchini, e que o sabio Nicolini expressa nos seguintes termos :

« Ha entre a logica e o processo um laço tão intimo que, comparando-se o processo de todos os tempos e de todos os logares, ver-se-ha que elle ha sido subcarregado ou isento de erros, segundo o systhema logico que prevalecia. »

Por isso vemos que, nem entre os romanos, nem entre os escriptores e legisladores da edade média, tem o processo individualidade propria, e suas disposições, até então reunidas ás do direito, só começaram a delinear-se nas leis francezas e austriacas em partes ou secções para constituirem os codigos actuaes.

Mas, si tão estreitas e intimas são as relações entre o processo e o direito, é mister convir na inopportunidade desta codificação.

O Codigo Penal actual tem contra si a opinião,que se pode dizer unanime, dos competentes do paiz ; a commissão revisora de 1893 não o reputou siquer digno de servir de base á discussão, apresentando um substitutivo e á hora em que escrevo, trabalham outras commissões para dotarem a nação de uma lei digna della.

E si é certo, como diz Mittermaier, que os principios do direito penal se reflectem sobre o processo criminal e lhe dão o verdadeiro cunho, é fazer obra ephemera compor codigo do processo, que terá a duração de um dia.

Não vale o exemplo recente da Italia, que, para pôr em execução o novo Codigo Penal entrado em vigor a 1.º de janeiro de 1890, teve de operar grandes modificações no codigo do processo, e constam do decreto de 1 de dezembro de 1889 ?

Ainda, porem, não completei todo o pensamento, que me anima.

Eu creio, dizia o celebre ministro Pessina em discurso notavel, que a liberdade operosa não procede a saltos, porque a natureza e a razão aborrecem saltos ; eu creio que a liberdade queira o lento, mas seguro progredir, interessando ao velho o novo, e *che i salti a precipizio non sono la libertá.*

As reformas devem ser longa e profundamente meditadas

e em regra geral devem ser preferidas as parciaes ás geraes, ou ao menos devem precedel-as, ensinava Mattirolo.

E a historia das nações illuminadas prova a verdade do asserto. Este pensamento conservador presidiu sempre a legislação franceza ; retocado, embora, por disposições particulares, como as leis de 24, 35, 36, 53, 72, 81 etc., permanece ainda em vigor o Cod. de 1808, e apesar dos esforços do ministro Ollivier em 1870, dos ministros Dufaure, Le Royer, Devès, dos relatorios e trabalhos de Dauphin, de Globet, de Bovier, Lapirre, ainda não se poude converter em lei a reforma geral do Cod.

A Belgica, si bem constituida Estado autonomo ha mais de setenta annos, ainda é regida pelo Codigo francez de 1808, retocado parcialmente, e as tentativas de reforma com as notmeações da commissão de 1850, da de 1869, relator Nypels, que apresentou em 1877 o projecto sob o titulo de «Cod. de Proc. Penale» na camara, e os grandes trabalhos do eminente Thonissen, não tiveram exito, e a Belgica não poude ainda obter o seu codigo de processo criminal.

A Hollanda custou a reformar a legislação napoleonica, e si em 1881 possuiu o seu Codigo de processo, deve-se ter em attenção que é porque, não existindo alli o jury, o trabalho tornou-se muito mais simples.

A Hespanha regeu-se a principio pelo systema inquisitorio esparso em varias leis, depois pelo cod. francez de 1808, voltando logo ao antigo direito.

Só em 1882 foi votada a lei do *enjuiciamento criminal*, entrada em vigor a 1 de janeiro de 1883, e em 1888 a 20 de abril a *ley del jurado.*

Em Portugal, apesar das tentativas de reformas de 1874 com o projecto apresentado, dividido em 4 livros e 545 artigos,e com o de Cunha Navarro.em 1882,vigora ainda a legislação de 1832.

A Inglaterra não tem direito codificado, e as fontes do seu processo Criminal acham-se na *Comnon law*, constituida pela Magna Carta de 1815, pelo *Bile of rights* de 1238, pelo *Setlement* dado pela casa de Hannover, pelos actos do parlamento e pela jurisprudencia ; nella, diz Lucchini, está o sacrario das liberdades inglezas.

Sabe-se com que trabalho chegou-se na Austria a converter em lei o *Regulamento de processo penal*, depois de vigorar ahi o cod. inquisitorial de 1803, revogado pelo de 1850, e restabelecido pelo de 19 de julho de 1853, sentiu-se em 59 a necessidade de um novo Codigo ; iniciaram-se os trabalhos preparatorios em 1861, foram apresentados 10 projectos, e só em 23 de maio de 1873 foi sanccionado e isto mesmo devido aos geniaes trabalhos de Julio Glaser.

A Hungria, que em 1878 teve o seu Codigo penal, e continúa a se reger quanto ao processo pelas velhas ordenançase costumes, nenhum exito tendo os projectos do jurisconsulto

«Intentar um processo é pedir satisfação por um delicto, ou exigir um serviço em virtude de um direito. Mas o cathalogo dos delictos, dos serviços, dos direitos, acha-se no codigo penal e no codigo civil ; é pois por estes que é preciso começar. »

« O processo é um meio para se chegar a um fim. E' o meio de se servir deste instrumento que se chama LEI. Descrever os meios de empregar o instrumento antes de ter descripto o proprio instrumento é uma subversão de ordem inconcebivel. »

Eis uma nitida e exacta comprehensão da lei adjectiva em suas relações com a lei substantiva; verdades as mesmas que deixei expostas nas palavras transcriptas de L. Lucchini, e que o sabio Nicolini expressa nos seguintes termos :

« Ha entre a logica e o processo um laço tão intimo que, comparando-se o processo de todos os tempos e de todos os logares, ver-se-ha que elle ha sido subcarregado ou isento de erros, segundo o systhema logico que prevalecia. »

Por isso vemos que, nem entre os romanos, nem entre os escriptores e legisladores da edade média, tem o processo individualidade propria, e suas disposições, até então reunidas ás do direito, só começaram a delinear-se nas leis francezas e austriacas em partes ou secções para constituirem os codigos actuaes.

Mas, si tão estreitas e intimas são as relações entre o processo e o direito, é mister convir na inopportunidade desta codificação.

O Codigo Penal actual tem contra si a opinião,que se pode dizer unanime, dos competentes do paiz ; a commissão revisora de 1893 não o reputou siquer digno de servir de base á discussão, apresentando um substitutivo e á hora em que escrevo, trabalham outras commissões para dotarem a nação de uma lei digna della.

E si é certo, como diz Mittermaier, que os principios do direito penal se reflectem sobre o processo criminal e lhe dão o verdadeiro cunho, é fazer obra ephemera compor codigo do processo, que terá a duração de um dia.

Não vale o exemplo recente da Italia, que, para pôr em execução o novo Codigo Penal entrado em vigor a 1.º de janeiro de 1890, teve de operar grandes modificações no codigo do processo, e constam do decreto de 1 de dezembro de 1889 ?

Ainda, porem, não completei todo o pensamento, que me anima.

Eu creio, dizia o celebre ministro Pessina em discurso notavel, que a liberdade operosa não procede a saltos, porque a natureza e a razão aborrecem saltos ; eu creio que a liberdade queira o lento, mas seguro progredir, interessando ao velho o novo, e *che i salti a precipizio non sono la libertá.*

As reformas devem ser longa e profundamente meditadas

e em regra geral devem ser preferidas as parciaes ás geraes, ou ao menos devem precedel-as, ensinava Mattirolo.

E a historia das nações illuminadas prova a verdade do asserto. Este pensamento conservador presidiu sempre a legislação franceza ; retocado, embora, por disposições particulares, como as leis de 24, 35, 36, 53, 72, 81 etc., permanece ainda em vigor o Cod. de 1808, e apesar dos esforços do ministro Ollivier em 1870, dos ministros Dufaure, Le Royer, Devès, dos relatorios e trabalhos de Dauphin, de Globet, de Bovier, Lapirre, ainda não se poude converter em lei a reforma geral do Cod.

A Belgica, si bem constituida Estado autonomo ha mais de setenta annos, ainda é regida pelo Codigo francez de 1808, retocado parcialmente, e as tentativas de reforma com as notomeações da commissão de 1850, da de 1869, relator Nypels, que apresentou em 1877 o projecto sob o titulo de «Cod. de Proc. Penale» na camara, e os grandes trabalhos do eminente Thonissen, não tiveram exito, e a Belgica não poude ainda obter o seu codigo de processo criminal.

A Hollanda custou a reformar a legislação napoleonica, e si em 1881 possuiu o seu Codigo de processo, deve-se ter em attenção que é porque, não existindo alli o jury, o trabalho tornou-se muito mais simples.

A Hespanha regeu-se a principio pelo systema inquisitorio esparso em varias leis, depois pelo cod. francez de 1808, voltando logo ao antigo direito.

Só em 1882 foi votada a lei do *enjuiciamento criminal*, entrada em vigor a 1 de janeiro de 1883, e em 1888 a 20 de abril a *ley del jurado.*

Em Portugal, apesar das tentativas de reformas de 1874 com o projecto apresentado, dividido em 4 livros e 545 artigos,e com o de Cunha Navarro.em 1882,vigora ainda a legislação de 1832.

A Inglaterra não tem direito codificado, e as fontes do seu processo Criminal acham-se na *Comnon law*, constituida pela Magna Carta de 1815, pelo *Bile of rights* de 1238, pelo *Setlement* dado pela casa de Hannover, pelos actos do parlamento e pela jurisprudencia ; nella, diz Lucchini, está o sacrario das liberdades inglezas.

Sabe-se com que trabalho chegou-se na Austria a converter em lei o *Regulamento de processo penal*, depois de vigorar ahi o cod. inquisitorial de 1803, revogado pelo de 1850, e restabelecido pelo de 19 de julho de 1853, sentiu-se em 59 a necessidade de um novo Codigo ; iniciaram-se os trabalhos preparatorios em 1861, foram apresentados 10 projectos, e só em 23 de maio de 1873 foi sanccionado e isto mesmo devido aos geniaes trabalhos de Julio Glaser.

A Hungria, que em 1878 teve o seu Codigo penal, e continúa a se reger quanto ao processo pelas velhas ordenançase costumes, nenhum exito tendo os projectos do jurisconsulto

Csemegi em 1882, e da commissão nomeada pelo ministro Fabinyi apresentado á camara dos deputados a 10 de dezembro de 1888.

Na Transilvania vigora o velho regulamento processual austriaco de 1853, e a Croacia teve o seu cod. em 1875, onde não foi acolhido o jury.

O ultimo cod. apparecido na Europa é o de Bosnia e Erzegovina, provincias occupadas pela Austria e traz a data de 30 de janeiro de 1891 entrando em vigor a 1 de janeiro de 1892.

Na Allemanha, antes da unificação de 1870, o processo era vario nos Estados ; em alguns vigorava o inquisitorio, em outros o mixto francez, em outros poucos como no Brunswick o accusatorio inglez. Em 1871 teve o seu cod. unico penal, mas o regulamento processual só foi sanccionado a 1 de fevereiro de 1877 para ser executado a 1 de outubro de 1879 junto á lei de organização judiciaria.

Na Suissa, em que cada Cantão tem seus codigos proprios, não se fala ainda do processo penal, cuja unificação é tarefa difficil, tão varias são as leis cantonaes, algumas antiquissimas, como a de Berna de 54, de Vaud de 50, e Valais de 48, de Basilea de 62 etc, sendo a mais moderna a de Neuchatel de 21 de maio de 1875, que se trata de reformar.

Tal o ensino da legislação comparada, como se vê em L. Lucchini. *Elementi di Proc. Pen. ns. 46 e segs*, Puglia—*Evoluzione del Diritto e della Pra. Penale ;* Mittermaier—*Proc. Crim. na Ing. Esc.* e *America do Norte.* Chauveau e Helie—*Theor. du Cod. Pen 3 vol. introd*,prescindindo de mencionar a Italia, cujo Cod. de 1859 teve de soffrer modificações, que o puzessem de harmonia com o novo C. Penal.

Pois bem. Quando assim procedem as nações civilizadas, consagrando tão sabios canones de prudencia legislativa, no Brazil, só pelo gosto das novidades, succedem-se reformas sobre reformas, leis sobre leis, como dizendo que a nossa *civilização* não permitte que fique de pé um ramo de arvore gigante do direito nacional !....

Eu comprehendo com Rossi — *Droit Penale liv. 4 cap. 3*— que o processo é uma obra necessariamente systematica e technica, e dahi a necessidade de ser codificado.

Mas, pergunto : não temos legislação completa e codificada, concebida mesmo em moldes tão liberaes, que adapta-se ao mais livre dos regimens politicos ?

O proprio auctor do esboço do Cod. não se animaria a contestar, porque foi magistrado e é hoje advogado, e com certeza não encontrou situação em que por motivo das leis, perigassem os interesses fundamentaes do processo, o repressivo da delinquencia e o tutellar da innocencia.

Direi mais : a liberdade, si alguma cousa tem a lamentar, não lhe veiu do nosso antigo direito, mas do regimen de

arrocho das reformações do tempo, e eu o mostrarei em cada pagina deste escripto.

Não; mantenhamos a nossa bella compaginação nacional, e, si tivesse auctoridade, eu dirigiria da minha solidão, em retiro tristissimo, um appello ao patriotismo dos Estados.

E' conhecida a tremenda luta que se feriu no Congresso Constituinte entre os sustentadores da legislação separada e os adeptos da unidade do direito e do processo.

Triumphou afinal a unidade na lei substantiva, mas lá ficou no pacto fundamental a diversidade na lei adjectiva.

Mas, a diversidade de processos é a negação pratica da unidade do direito, e nós temos necessidade de manter o direito uno, porque, (parodiando Dubarle — C. de O. Jud. Allemão Introd) o brazileiro tem por toda a parte a mesma patria, a mesma lingua, os mesmos deveres e os mesmos direitos e interesses : é preciso que a mesma lei proteja sua actividade ; é mister, segundo a expressão allemã, que por toda parte, nos limites da patria commum elle gose da mesma maneira do *vento* e *do sol*.

Guardemos, pois, nós os Estados autonomos, em perfeita unidade de vistas, e como deposito sagrado, a nossa bella compaginação processual em seus canones fundamentaes, sem reformações radicaes, porque d'est'arte guardamos a unidade do direito, e guardar a unidade do direito é servir á unidade da patria commum.

Na America do Norte, diz Mittermaier—ob. cit § 3, no fundo de todos os codigos, o processo é o mesmo : reproduz o systema inglez, a que só se junta o elemento de progresso.

Todos em caminho somos... gosemos por toda parte do sol e do vento, e de uma mesma maneira.

—

COMMENTARIO

DO

Projecto de codigo do processo criminal

ACÇÃO CRIMINAL

(ART. 1 a 9)

Constitue materia exclusiva do capitulo primeiro das disposições preliminares do projecto o exercicio da acção penal, ou do proprio direito de punir, problema temeroso e vasto, que continúa desafiando as cogitações de sabios pensadores, emeritos juristas.

As normas juridicas são leis de harmonia social, e fóra dellas fôra impossivel a vida humana, sua conservação, seu desenvolvimento.

Dada a acção delictuosa perturbadora da ordem juridica, segue-se necessaria e legitima a reacção social para a sua reintegração e conservação.

E' o direito em sua actuação, é o poder publico no exercicio da funcção social de repressão em face daquelle que ultrapassa cs limites da sua actividade juridica.

E a força motôra é acção e por isso Bucellati a reputa a vida do direito, e Lucchini a potencialidade da lei penal de traduzir-se em acto, encarado no seu sentido objectivo, ou o direito de perseguir em juizo o culpado de um crime para obter o seu convencimento e condemnação, si attender-se á sua face subjectiva.

Ella é assim a expressão do processo, e tem por finalidade especial e immediata a perseguição dos culpados, e mediatamente a applicação da lei, cujo objecto characteristico é a pena.

Tal é a razão fundamental, sem duvida, porque figura esse instituto no corpo do direito substantivo sob a denominação de — *acção penal* —, não guardada pelo projecto talvez com melhores fundamentos, mas certo em flagrante contradicção com o espirito de consolidação que presidiu a confecção da materia do capitulo.

Simples consolidação, foi de facto a tarefa que se impoz o auctor do projecto, em homenagem á doutrina predominante, mas não sei si em perfeita conformidade com o systema constitucional da unidade do direito e a diversidade de processos.

Que é doutrina assente, não é licito duvidar-se, em face dos actos repetidos dos poderes da União, affirmando *una voce* como do dominio do direito material a regulamentação do exercicio da acção penal.

A dictadura militar a proclamou nos preceitos que encerram os arts. 407 e 408 do seu Codigo ; o Congresso Nacional a confirmou, votando não só a lei n. 21, de 24 de outubro de 1891, mandando vigorar o Dec. n. 3.163, de 7 de outubro de 1883, que dava ao promotor publico a attribuição de denunciar nos crimes de furto de gado vaccum, cavallar e muar, e de productos da lavoura ; como tambem o Dec. n. 121, de 11 de novembro de 1892, em que melhor accentuando seu pensamento declarou só competir aos *Estados a determinação das formas dos processos e julgamentos respectivos*, a commissão parlamentar de revisão do Cod. Pen., em sua exposição de motivos, insiste na doutrina do Congresso, com fundamento nos conceitos da camara no parecer sobre o Cod. Italiano em 1888 ; finalmente o Supremo Tribunal Federal deu-lhe em aresto recente formal sancção de sua auctoridade e saber.

O Congresso do Estado não caminha neste assumpto com passo seguro : ora vota a lei n. 18, de 1891, em que affirma a competencia do Estado para regular o exercicio da acção penal, ora a lei n. 72, que nega essa competencia e obedece a orientação partida dos orgãos da União.

Foi prudente o illustrado auctor do projecto, mas não sei si está ao lado da melhor doutrina, nem si é licito ao Estado abdicar, em favor da União, um direito inherente á autonomia que lhe assegura a pacto fundamental.

Posso ser tido como um ingenuo nos tempos que correm, mas eu creio firmemente na sabedoria de nossos maiores, e talvez por isso meu espirito é sempre repugnante ás continuas reformações da época, que tanto têm anarchizado a legislação, bella e sapientissima, que tinhamos, na protecção á liberdade e na tutela dos direitos sociaes.

Na legislação anterior a materia constitutiva deste capitulo era do puro dominio do processo: o Codigo, a Lei de 3 de dezembro de 1841, e o regulamento 120, de 1842, regularam o exercicio da acção criminal, publica e particular, detalha-

ram a competencia do ministerio publico, designaram os casos de denuncia e queixa privada.

Nos archivos da jurisprudencia, nos compendios dos auctores nas aulas de direito, nos conselhos da corôa, procura-se debalde o ataque o mais leve ao direito então vigorante, e ninguem viu invasão da lei adjectiva no campo de acção do direito material, nem com isso perdeu a liberdade, e tam pouco soffreram os interesses sociaes.

O legislador da dictadura inspirou-se evidentemente na legislação e auctores italianos, e nas mesmas fontes não é o assumpto incontestado e isento de serias objecções.

O professor F. Puglia, no seu Manual de Direito Penal, tratando dos momentos mais importantes do exercicio do direito de punir, ensina que o complexo de normas que regulam o exercicio deste direito fórma objecto do processo penal, parte integrante da sciencia do direito penal.

E Luigi Lucchini, no liv. 1 n. 61 dos seus elementos de Processo Penal, obra recentemente publicada, depois de mostrar que a these prevalecente na Italia funda-se em considerar a acção como effeito immediato da lei substantiva, constituindo um direito, expressa-se por essa fórma :

«*Ma tutta la procedura è una consequenza del giure statuenti e ogni istituto processuale à carattere giuridico. D'altrende, tolta l'azione alla procedura, questa rimarebe senza punto d'appoggio, senza titolo e senza vincolo di relacione col diritto sostanziale ; mentre, daltro canto, lo sue funzioni e vicende stanno fuori del campo del diritto medesimo.*»

Neste presupposto, affirmada segundo o meu pensar a competencia do Estado para legislar sobre a materia sujeita, sou levado á analyse do systema do codigo reproduzido no projecto com as ampliações oriundas da Constituição e leis posteriores.

O assumpto é de capital relevancia para a sciencia, porquanto, como diz Casorati, é grande o interesse commum em ser sabiamente organizado o poder de promover a acção penal, pois que disso depende o prompto restabelecimento da ordem publica perturbada pelos delictos, mediante a descoberta e punição dos culpados, e para que não se veja o honesto cidadão injustamente ameaçado em sua tranquillidade.

O codigo seguiu ou melhor instituiu na materia um systema de conciliação : a acção inicia-se e desenvolve-se por queixa do offendido ou seu representante legal, ha casos excepcionaes, em que a acção é privativa da parte offendida; admitte a intervenção official do juiz instructor em hypothese restricta, e consagra o principio da publicidade subjectiva da acção, que pertence á sociedade civil, que a exerce por meio de delegação no ministerio publico.

A este systema deve-se accrescentar os casos especificados nas leis posteriores, que aliás não o isentaram de ataques, por vezes injustos, mas nem sempre baldos de fundamento.

A sciencia não tem proferido sobre o assumpto a ultima palavra, muitas escolas são conhecidas.

A escola representada por Glaser, Sundelim, Sechendorff, Tippelshirch, Lewald, quer restricta a acção subsidiaria penal somente á pessoa offendida ou prejudicada pelo delicto.

Este principio é adoptado pela Escossia, Irlanda, Cantões suissos de Argovia e Zurigo, pelo projecto penal para a Hungria, pelo codigo do processo penal Austriaco nos §§ 2 e 48, e pelo cod. do processo penal do imperio Germanico nos §§ 414 e seguintes.

A escola capitaneada por Gneist, seguida por Geyer, Holtzendorff, Stoman, Bar, Odilon Barrot, sustenta o principio da *actio popularis*, na falta da acção pelo ministerio publico, e Schütze,ampliando,a quer exercitada em livre concurrencia com a accusação official.

Um terceiro systema, que é o do douto publicista Ianka, sustentado com exforço pelo illustrado substituto Procurador geral na Corte de Appellação de Napoles, P. Manducca nos seus «Estudos theorico-praticos sobre processo penal», e adoptado em muitos Estados, nega ao cidadão, offendido ou não pelo delicto, a participação concurrente ou accessoria no desenvolvimento da acção penal, que pertence exclusivamente ao ministerio publico.

O auctor da *Nova Eschola Penal* combate fortemente a doutrina do Codigo : para elle a divisão da acção em publica e privada, amparada pelos escriptores francezes, deve desapparecer dos Codigos modernos, porque não se conforma com o fundamento racional do direito de punir, não attende á classificação scientifica do criminoso, não passa emfim de uma longinqua reminiscencia da idéa de vingança, que foi nos tempos primitivos o concerto justificativo da pena.

Este auctor falla com a linguagem da infallibilidade, ostenta-se oraculo de verdades alheias as gentes brazileiras, e, pairando em regiões olympicas, vê em baixo, na classe dos juristas do seu paiz, uma turba-multa de ignorantes, vadios, sem a minima vitalidade intellectual.

Não obstante, como aos humildes mortaes ainda se não fechou a porta da livre discussão, tenho para mim que suas doutrinas só têm a novidade de serem apregoadas em nome e sob a auctoridade da nova escola positiva.

Digo—novidade— porque de facto os auctores da nova escola não soccorrem semelhante pensar.

Invoca-se a auctoridade de Garofalo, e,compulsando-se suas obras, vê-se que o eminente magistrado refere-se tão só mente a uma classe determinada de acções delictuosas.

Nel systema da noi proposto, la espressione «delitto di azione privata» é totalmente priva di senso, quando se parla di quei delitti che habiamo chiamato naturali».

« Criminologia, p· 3· cup. 3 n. 1»

Precisando ainda melhor o seu pensamento, diz o mesmo auctor, algumas linhas abaixo :

Il processo, secondo le nostre idee, dovrebbe dunque aver luogo senza l'istanza del danneggiato, sempre che se tratti di delitto naturale, per ché appunto il processo a lo escopo di sottoporre adesame il delinquente per definirne il tipo e vedere se sia da sottoporsi a mezzi eliminativi, ovvero costringerlo semplicemente alla riparazione del damno e dell offesa.

F. Puglia, insuspeito ao auctor da Nova Escola, depois de mencionar os differentes systemas sobre o exercicio da acção penal, pronuncia-se em termos explicitos pelo que confere o direito de accusação ao cidadão privado, associado porém ao ministerio publico. *(M. di Proced Penale pag. 1. v. azione venale).*

Enrico Ferri e outros não perfilham de modo algum o monopolio, que se pretende da acção penal pelo representante do ministerio publico.

O codigo não adoptou a classificação scientifica dos crimes e criminosos da nova escola, e filiado á escola classica, á luz dos seus principios deve ser examinada a sua theoria

A essencia intima do delicto, como diz Pessina, está no *suo frangere*; a relação entre elle e o direito é a da repugnancia, da contradicção absoluta; um dos termos desta relação é o delicto, outro o direito.

Negando o direito, que é a norma reguladora das relações sociaes, o delicto produz effeitos naturaes e effeitos juridicos.

Os primeiros consistem no damno immediato ou material, que é o mal sensivel, que o delicto causa, violando o direito atacado, e o mediato ou politico, que é além disso o que elle causa a todos os cidadãos, a quem não foi directamente dirigido.

A estes effeitos naturaes correspondem os effeitos juridicos da reparação civil e da reparação social.

A reparação social se exerce pela acção criminal, que pertence em principio aos representantes da sociedade civil, e dahi o seu caracter de publica.

Esta é a regra primordial, porque, como diz eminente criminalista, o direito de punir em sua essencia considerado é uma elevada funcção do poder social, dirigida a tutelar a ordem juridica com remedios mais efficazes e energicos do que os de coacção da esphera do direito civil.

Mas, continúa o citado auctor, na perseguição penal do delicto podem se encontrar em conflicto dous interesses : de um lado o interesse do offendido, requerendo que não tenha logar o julgamento penal para evitar maiores damnos; do outro, o interesse da sociedade, que exige a repressão de algumas acções para evitar ulteriores violações do direito.

Intervem então o criterio legislativo, admittindo a acção privada em casos excepcionaes, subordinando o exercicio da acção publica a vontade do offendido.

Em taes casos a repressão não toma caracter algum de vingança privada, como objecta-se: o interesse menor que tem a sociedade, responde Carrara, na repressão desses delictos, e o interesse maior que pode ter a pessoa lesada em não dar-lhes uma publicidade perigosa, detem o movimento da acção sem, entretanto, mudar-lhe a natureza e o fim.

Mas, no exercicio da acção penal, podem se verificar abusos ou incuria do poder social pelo seu representante, e para conjurar este perigo se instituiu o direito de accusação subsidiaria reservada ás partes lesadas. (*Vide. Garraud. Proc. de Direit. Crim. n. 355*).

Contra as explosões da vingança, da *chantage*, que podem ser exercidas á sombra do direito de queixa, ha nas leis remedios efficazes, desde a audiencia necessaria do promotor da justiça até a condemnação nas custas do processo e nas penas das denuncias calumniosas.

Eis em breve synthese os fundamentos da doutrina do Codigo, diante dos quaes se pulverisam as censuras do autor da « Nova Eschola Penal. »

Cumpre, porém, observar que si sob esse ponto de vista geral parece acceitavel a theoria do codigo, nem por isso deixamos de reconhecer suas imperfeições, quando enumera os casos em que á vontade do offendido fica subordinado o exercicio da acção penal.

A primeira das hypotheses que consagra refere-se ao crime de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante, guardada a limitação da lei citada n. 21.

Com semelhante preceito legislativo de excepção, parece que voltamos aos primitivos tempos, em que pouco se curava da propriedade do individuo, para só se occupar da propriedade commum do grupo familiar.

Em Roma, o furto era um crime privado, ninguem outro que não a victima podia trazer a juizo o ladrão; só o ladrão de estrada, que era causa de perigo commum e de publica inquietação, podia ser publicamente perseguido pela lei Cornelia.

Não, o furto, como o damno, o roubo, o estellionato, são figuras differentes da mesma entidade antijuridica, delictos patrimoniaes, tendo por commum essencia a diminuição do patrimonio, nem o flagrante pode ahi mudar a natureza da acção, nem a pessoa lesada pode ter aquelle maior interesse, a que se refere Carrara, como o criterio justificativo da excepção da acção puramente privada, em dar á repressão do delicto uma publicidade perigosa.

O systema do Codigo é além disso illogico, porque, ao passo que protege a liberdade individual dos ataques dos

delinquentes mediante a acção publica, deixa á acção privada a perseguição pelo furto e damno.

De feito, diz Pessina, o homem não tem direito sómente á liberdade em abstracto, mas áquelle em que a liberdade acha a sua concreta autuação, isto é, a uma esphera exterior em que gyre verdadeiramente soberana, dispondo das cousas do mundo, e encaminhando-as aos fins da sua existencia.

E Zachari ainda é mais explicito: todo o homem possue *ipso jure* e em virtude da sua personalidade um patrimonio, que bem póde accrescer ou diminuir, mas do qual não póde ser privado sinão perdendo a personalidade mesma.

Portanto, protegendo a liberdade, e despresando a sua manifestação concreta, não obedece o Codigo aos preceitos logicos, e sua excepção não pode ser justificada.

Outro caso de excepção figurado no Cod. com limitações, é o dos attentados ao pudor, contra o que se insurge menos justamente o auctor, a que nos temos referido.

Disposição identica se contem no art. 336 do moderno Cod. Italiano, e sua theoria é assim justificada pelo commentador:

O legislador considerando que não é um bem nem para a moral publica, nem para a paz e honra do lar domestico, atirar mui facilmente a grande luz da justiça sobre os desvios da vida intima, emquanto que o exercicio da acção publica poderia frequentemente derivar mais damno do que vantagem ás mesmas pessoas e familias que a lei entende proteger, deixou aos offendidos a liberdade de escolha na defesa do proprio direito e estabeleceu que nos delictos de violencia carnal, corrupção de menores etc., só se procederá em virtude de queixa da parte. (*Puglia. — M. di Diritto Penale*)

E' esta tambem a primeira das razões que adduz Ortolan para justificar a excepção no direito francez, accrescentando que ha casos em que a existencia do delicto é incerta, mesmo em direito, não se conhecendo o sentimento da parte interessada e a maneira porque encara os factos, de sorte que o ministerio publico, agindo antes da provocação desta parte, expôr-se-hia a perseguir como delicto actos que muitas vezes não o seriam. (*Ortolan. — Droit Penal n. 1693*)

Disposição simelhante se contem no codigo hespanhol art. 361, e era, do antigo codigo portuguez art. 399, reproduzida no actual, plenamente justificada por Levi Jordão, emquanto que o conselheiro Ferrão a censura, já por conter materia processual, extranha ao cod. penal, já porque a lei não deve armar a pessoa offendida do poder discripcionario de crear ou suspender processos crimes.

O projecto do cod. penal, pendente da decisão do Congresso, consagra preceito semelhante ou identico, que, pelos expostos fundamentos, não são para regeitar-se.

Não procede, pois, nessa parte a critica levantada pelo auctor da *Nova Escola Penal*.

Outra excepção refere-se ás calumnias e injurias.

E' conhecida a razão que se costuma invocar para a justificação da excepção legal.

Cada qual deve ser reconhecido o primeiro guarda da consideração pessoal, a que tocam a injuria e a diffamação, ellas cahem sob a dependencia da apreciação intima a fazer pelos interessados, e collocam-se sob a influencia desta particularidade dominante que o processo penal poderia ser segundo os casos para a pessoa offendida um novo mal accrescentado ao mal do delicto; a acção publica, pois, não se deve abrir sinão mediante queixa prévia da parte offendida. E' a linguagem dos criminalistas francezes.

Tambem o codigo italiano no art. 400 exige a queixa da parte para o procedimento penal por essa figura delictuosa, e não diversa é a linguagem dos seus commentadores como se vê em Puglia, cit. Pincherle cod. pen. italiano, not. pag. 556.

Tudo isso procede quando se trata da calumnia e injuria dirigidas ao particular: nenhum fundamento, porém, justifica a medida excepcional do codigo quando a calumnia e injuria são dirigidas ao funccionario publico *in ou propter officium*.

Nesta hypothese, a injuria ou a calumnia attinge a sociedade inteira; fere-se de frente a todos os cidadãos no seu patrimonio social, porque todos têm direito e interesse em que haja poder publico e este seja respeitado.

D'ahi a aggravação da pena, principio já transportado da legislação romana — *persona atrocior injuria fit ut cum magistratui .. fiat...* pensamento reproduzido por Farinacius—*injuria illata magistratu dicitur atrox*.

Protegendo o funccionario publico no exercicio ou por causa do exercicio de suas funcções, a lei não faz sinão proteger a propria auctoridade, que instituiu a mesma soberania interna indirectamente atacada.

E' por isso que o Cod. cit. capitula a offensa com palavras ou actos contra a honra, reputação ou decoro do funccionario publico em sua presença ou por causa de suas funcções no titulo que se inscreve—*Dei delitti contra la sicureza dello Stato*.

Predominando, pois, o interesse geral, devem as injurias e calumnias dirigidas contra os depositarios de funcções publicas *in ou propter officium* ser collocadas sob o imperio de disposições outras que não as do Cod. Penal.

Suscita-nos ainda a materia deste capitulo algumas duvidas, que não são sem interesse de expor-se.

O Cod. do Processo art. 73 impunha ao promotor o dever de intentar queixa e proseguir nos termos da acção sempre

que o offendido por suas circumstancias não podesse perseguir o offensor.

Duvida-se si esta disposição continúa em vigor em face da disposição contida no art. 407 do Cod. Penal.

A questão agitou-se no Supremo Tribunal de Justiça de Pernambuco, que decidiu pela negativa, havendo porém, dous votos respeitaveis no sentido de que o referido art. continuava em inteiro vigor na primeira parte imperativa com relação ao promotor publico; que a excepção do n. 1 do § 2.º do art. 407 cit. não diz respeito á queixa e sim á denuncia do ministerio publico. (Direito LX, 643).

No sentido dos votos vencidos se vê julgado pela Relação de Belem, em 2 de setembro de 1893, no Direito volume LXIII, pag. 377.

Res sacra miser, eis a razão da lei, constituindo o ministerio publico o advogado gratuito da indigencia, digna de amor e protecção especial.

O objectivo da acção penal é o triumpho do direito, a applicação da lei, que, na expressão de Pessina, é a forma em que se encarna o direito.

Dada a manifestação da vontade do offendido, que se faz precisa para o exercicio da acção por motivos especiaes, e verificada a indigencia, que impossibilita o exercicio della, é justo, é humanitario, é conforme aos destinos do ministerio publico que elle prosiga no processo no desempenho do dever de manter a inviolabilidade da lei por todos e para todos.

Supremo interesse social, portanto, reclama a restauração do preceito de direito anterior, que não obstante o exposto, não creio em vigor em face do cit. art. 407.

Ainda uma pergunta: pode o offendido, em virtude do disposto no art. 408 do Codigo na acção intentada por denuncia constituir advogado para acompanhar a instrucção do processo e auxiliar a accusação no plenario?

A questão é interessante, e foi no fôro do Ribeirão Preto objecto de longa discussão, opinando notabilidades juridicas, umas que a intervenção do offendido a que se refere o art. 408 não pode ser sinão a do art. 279 do Cod. do Proc. e nos termos do final do aviso n. 72, de 8 de julho de 1842, e outras que, desde que a lei não enumera os actos auxiliares consentidos á parte offendida, que pode intervir *em quaesquer termos do processo*, segue-se que esse auxilio é geral.

Segue o projecto a interpretação, que se póde chamar restrictiva, como se vê no art. 8 § 2.º contra a qual se póde arguir não só a incompetencia do poder estadoal para fixal-a porque a interpretação authentica deve emanar do poder que confeccionou a lei, como porque não está de accôrdo com os termos desta, nem parece o caso de romper-se aquelles canones de prudencia legislativa, a que se refere Pacifici Mazzoni, segundo os quaes não deve o legislador

determinar authenticamente o significado da lei, sinão quando, na applicação feita, se ha pronunciado decisões tão contradictorias, que se deve razoavelmente temer uma longa e grossa série de litigios sob a mesma. *Inst. do Dir. Civ. Ital. tit. 1.° cap. II n. 17.*

Noto ainda sensivel omissão do projecto, deixando de enumerar entre as causas da indmissibilidade da acção penal a materia da primeira parte do art. 323 do Cod. Penal.

Finalmente, dispensando o art. 8 do projecto a audiencia do ministerio publico nos casos em que a acção intentada por queixa é privativa do offendido, consagra doutrina absolutamente inacceitavel.

De duas uma: ou o projecto procurou simplesmente interpretar as prescripções do direito substantivo, e neste caso não lhe era licito distinguir onde a lei não distingue, absolutos como são os termos do citado art. 408, ou então veiu instituir direito novo, e nesta hypothese, além da manifesta inconstitucionalidade no ponto de vista em que se collocou, a disposição consagrada tem contra si a reprovação da sciencia, porque o delicto fere sempre, mediata ou immediatamente, pouco importa, a sociedade, cujas leis viola, e nessa presuppposição é em todos os casos imprescindivel a audiencia do ministerio publico, porque este, já disse Zanardelli no parlamento italiano, é a personificação viva da justiça e do dever, o guarda rigoroso e fiel da liberdade e dos direitos dos cidadãos, o representante da sociedade e da lei; ou como disse Laboulaye, a personificação das garantias da lei e da liberdade.

ACÇÃO CIVIL

ARTS. 10 A 12

Estabelecidas as normas reguladoras do exercicio da acção penal, passa o projecto a tratar da acção civel, tendente á reparação dos prejuizos e damnos causados á pessoa offendida pelo acto delictuoso.

Occupa-se em primeiro logar do exercicio da acção, que attribue ao offendido ou a seus herdeiros contra o delinquente ou seus herdeiros, até o valor dos bens herdados.

Sem duvida: o sujeito activo da acção é o mesmo sujeito passivo do delicto, aquelle em quem se verificam o interesse directo e o direito actual e certo, na expressão de Sourdat, ou o interesse directo e o direito formado, na definição do art. 94 do Cod. do 3.° brumario, anno IV, justificada por Merlin, de constatar o delicto, quando existe, e de pedir a reparação devida pelo delinquente.

Mas a acção civil se póde ainda exercitar em virtude de representação, ou por transmissão do respectivo direito: titular do credito de reparação, diz Garraud cit. n. 365, a victima do delicto o é a um tempo da acção destinada a fazel-a reconhecer e liquidar, della dispõe, póde cedel-a, renuncial-a, fazel-a objecto de transacção, na conformidade dos arts. 1.282 e seguintes, 1.689 e seguintes e 2.046 do Cod. Civ. Francez.

O projecto guarda silencio sobre esta face do thema, seguindo os passos do Codigo de Instrucção Criminal que, no pensar dos commentadores, a deixou á lei civil regular na decretação das regras relativas á capacidade requerida para intentar a acção civil.

Melhor fôra a consagração a respeito de uma regra geral á semelhança do art. 3.° do Cod. do Proc. Pen. Italiano, ficando á lei civil a parte, que se poderia dizer regulamentar, mesmo para conservar o projecto rigor logico em conformidade com o systema adoptado com as prescripções do art. 1 n. 1 e a materia do art. 6.

A acção civil pelo projecto póde exercitar-se pela representação absoluta ou em razão da successão hereditaria.

Pertence ella, porém, á pessoa *directamente* lesada pela infracção?

Garraud, não reputando a questão susceptivel de uma resposta absoluta, figura tres hypotheses que analysa.

Na primeira, quando a infracção commettida antes da morte da victima, lesa-lhe a fortuna e os bens innatos, saúde, liberdade, assiste aos herdeiros o direito á acção civil; quando attinge a honra e a consideração somente, nega-lhes a iniciativa da acção, já pela renuncia presumida pelo silencio antes guardado pelo morto, já porque o facto não lhes causou pessoalmente um damno, mas posta a acção em movimento pela victima, podem elles continuar o processo, porque é um dos bens constitutivos do patrimonio, que recolhem.

Na segunda, quando a infracção causou a morte da victima, compete a acção civil não só aos herdeiros, como a áquelles, a quem a infracção lesou em seu patrimonio, como a viuva, o marido, os ascendentes, ainda que herdeiros não sejam, exceptuados, porém, os amigos e parentes proximos.

Com relação á terceira, quando a infracção foi commettida depois da morte da pessôa a quem toca, como as injurias e diffamações á memoria de um morto, sobre que suscitou-se larga controversia no direito francez, nenhuma duvida pode suscitar no direito patrio, em face da terminante disposição do art. 324 do cod. pen.

São questões estas que poderão surgir amanhã na pratica judiciaria, e sobre as quaes é sempre util provocar a palavra do legislador, que sirva de subsidio historico de interpretação.

No que toca ao sujeito passivo da acção, que é o mesmo activo do delicto, parece-me tambem lacunosa a disposição do projecto.

A reparação civil, como diz Pessina, traduz-se sempre na obrigação pecuniaria, que segue o patrimonio do delinquente, sem limitar-se á sua pessôa; é uma acção *creditoria*, diz Puglia, e por esse character, em differença da acção penal, pode ser dirigida contra o delinquente ou seus herdeiros, e contra as pessôas civilmente responsaveis ou seus herdeiros.

E' a reparação substitutiva de Bentham, de que dava um especimen o art. 28 do Cod de 1830

Não é uma excepção ao principio da pessoalidade da culpa, como querem alguns auctores; a responsabilidade civil funda-se tambem na culpa, que é então presumida salvo a prova em contrario, ha ahi a falta na pessoa que não impediu o delicto, que podia e devia prevenir.

O projecto, parece-me, devia nessa parte imitar o art. 3 do Codigo do Processo Italiano, deixando, como elle, á lei civil o desenvolvimento do principio geral.

O art. 11 do projecto consigna a competencia exclusiva do fôro civil para a propositura da acção de satisfação do damno, talvez conformando-se com o art. 70 do Cod. Penal, embora pareça este referir-se tão sómente ás regras do direito reguladoras da especie, sem cogitar da materia de competencia de fôro, que, como meramente processual, entram na esphera livre da acção do poder autonomo estadual.

E' o regimen do direito vigente instituido pelo art. 68 da Lei de 3 de dezembro de 1841, revogatorio do art. 31 do Cod. de 1830 e do § 5 do art. 269 do Cod do Processo; vem escudado na auctoridade de T. de Freitas, e é combatido pelo Marquez de S. Vicente; conforma-se com o direito Hollandez, e é repellido por quasi todas as legislações dos povos civis, com poucas excepções.

Parece á primeira vista mais conforme á natureza das cousas o systema do projecto, tendo em vista a materia da acção, que é de feição puramente civil, e em consequencia deve ser conhecida no juizo para esse fim especialmente instituido.

Assim, porém, não entenderam os sabios legisladores de 1830 e 1832, com os quaes se conformam as nações mais illuminadas, dando ás partes lesadas pelo crime, á sua escolha, faculdade de intentarem suas acções perante os mesmos juizes da acção penal, ou separadamente perante os tribunaes civis, guardando as limitações do referido art. 31.

E assim o fazem, dizem os auctores no intuito de evitar dualismos, de conseguir a economia dos juizos, de reforçar a acção penal com subsidio que o offendido vem trazer ao seu exercicio, e de tornar mais facil e expedita a reparação do damno.

« *Lucchini. Elem. do Proc. Pen. n. 116; Garraud. Prec. de Dir. Crim. n. 385. Puglia—Proc. Pen. 1.ª parte nos spec 2.ª P. Bueno Proc. Crim. tit. 12 cap. 5 sec. 3 n. 385*».

No bom estudo que se vê no direito vol 18 pag. 369 justifica-se o cod. de 1830, não só pelas intimas relações de affinidade existentes entre a satisfação e a materia penal, como porque as nossas leis civis deixaram fôra do seu alcance assumpto que encerra tão melindrosos interesses.

Ante estas prescripções do projecto, mais me convenço da inopportunidade da codificação: ha pronunciada tendencia dos espiritos para a restauração do systema dos Cods. do Proc. e do criminal de 1830, que generalizou as doutrinas de Bentham, como o denuncia o projecto pendente da deliberação do Congresso, fundado, segundo o parecer da commissão, no voto dos sabios congressos e assembléas, entre as quaes se podem citar os penitenciarios e de anthropologia criminal de Roma em novembro de 1885, a 2.ª sessão da União Internacional do direito penal de Berne em 1890 e a 3.ª de Christiania, em 1890, alem de escriptos recentes sobre o assumpto.

Parece, portanto, obra ephemera, além de inacceitavel, quanto a respeito se legisla no projecto.

Nesta situação do projecto é licito indagar si nos crimes de acção puramente privada, depois de intentada a acção civil pelo offendido, poderá este intentar a criminal.

E' a hypothese prevista no art. 7 do cod. do proc. italiano que sancciona a doutrina da jurisprudencia franceza fundada na maxima *electa una via, non datur recursus ad alteram* —que resulta da equidade e do direito, como mostra o citado Garraud n. 388.

Prevalecem as mesmas considerações da hypothese nos crimes de accusação official? (Vide os cit. P. Bueno e Garraud.)

O § 1.º do art. 11 prevê a hypothese de ser a acção civil proposta antes ou ao mesmo tempo que a acção criminal, termos em que ficará suspensa até o definitivo julgamento desta.

E' a consagração da maxima tradicional do dir eito—*lecriminel tient le civil en stat*, que os francezes justificam, de uma parte porque a lei quiz proteger o debate criminal contra as prevenções de facto, sinão de direito, que poderiam nascer da decisão de uma jurisdicção civil, de outra, fazer reflectir sobre o debate civil as luzes que brotarem da instrucção criminal, e evitar julgamentos contradictorios sobre duas acções, distinctas embora, mas nascidas do mesmo facto.

(*Ortolan, cit n. 2131, Garraud, cit. 395*).

Mas pelo direito francez, pelo italiano e outros, para que o exercicio da acção civil seja suspenso até o difinitivo julgamento da acção publica, é mister que as duas accusações nasçam do mesmo facto e que a acção publica seja *intentada*.

Si nenhuma diligencia publica se verificou antes do julgamento, o juiz civil continúa a funccionar e validamente pronuncia.

O projecto segue nesse penticular o accordão revisor da relação da Bahia de 2 de setembro de 1871, segundo o qual não é licito pedir por acção civil a satisfação do damno proveniente do delicto, sem que seu auctor tenha sido previamente condemnado como agente delle, sob o fundamento de que a satisfação do damno presuppõe a existencia de um delicto sem cuja auctoria previamente estabelecida não se pode reconhecer e determinar a responsabilidade civil do agente.

De accôrdo, porém, com a jurisprudencia franceza está a revista n. 8894,de 16 de junho de 1876, que o Cons. P. Pessoa no seu Cod do Processo nota 2061 entende dar a verdadeira interpretação do art. 68 da lei de 3 de dezembro de 1841 combinado com o 29 do antigo Cod. que mandava haver dos herdeiros do delinquente a satisfação do damno, o que seria inexequivel desde que o delinquente fallecesse sem se lhe instaurar processo.

Esta intrepretação é inteiramente applicavel ao projecto que precisa de melhor redacção, ou alteração na doutrina.

Modificando profundamente o systema do art. 68 da lei de 3 de dezembro de 1841, o projecto estende ao civel a auctoridade de cousa julgada a todas as questões decididas no crime, qualquer que seja a sua natureza.

Em these geral, eu creio com Ortalan que já é tempo de fazer dormir a celebre controversia suscitada entre Toullier e Merlinacerca da admisibilidade do concurso nas duas acções das condições necessarias á cousa julgada, porque a solução já não encontra duvidas na sciencia, e bem fundada se vê nas duas ordens de considerações, que expende o cit. Garraud n. 627.

Esta regra, porém, não póde ter a latitude que lhe empresta o projecto: auctoridade de cousa julgada deve limitar-se ao que concerne á conclusão final do processo, como dispunha a citada lei de 3 de dezembro: quando o tribunal de repressão, diz o citado auctor, verifica a existencia de uma condição, distincta da infracção, e que não a constitue, só o faz de uma maneira summaria, seja em razão da marcha mais rapida do processo, seja no ponto de vista da admissibilidade da acção publica, deixando não obstante inteira a questão civil que possa nascer do facto accessorio examinado.

Certamente que o juizo competente para a questão principal o é para as incidentes e connexas, mas ha questões mesmo de natureza civil que não podem deixar até de ser obstaculos ao exercicio da acção penal.

A necessidade social, diz Lucchini, de assegurar a algumas delicadas relações juridicas, onde mais incertos e difficeis são os elementos de prova, aquellas especiaes e singularissimas disciplinas probatorias que a lei para ellas instituiu e que seriam incompativeis com as formas do processo penal, com sua necessaria simplicidade e presteza, exige que algumas destas controversias constituam não meros incidentes, mas verdadeiras *questioni pregiudiziali* á tentativa da acção penal, que devem ser previamente resolvidas pela magistratura civil, com suspensão do exercicio da acção penal.

Estas questões prejudiciaes, a que o auctor allude, são as relativas aos delictos de suppressão de estado, de que trata o art. 32, do Codigo do Processo italiano, e ao direito de propriedade ou outro direito real, previsto pelo art. 33, chamados por Pessina quasi prejudiciaes, em vista do seu caracter facultativo, não obrigatorio.

A estas ainda se pode accrescentar as relativas ás fallencias, culposa ou fraudulenta, que sujeitam o commerciante á acção criminal, depois de verificada a sua qualificação como taes na conformidade das leis do commercio, segundo o preceito do art. 336 do Codigo Penal.

Os estreitos limites de um modesto paracer, e o pouco tempo de que disponho não comportam extensa explanação da materia ; quanto vae exposto porém basta para provocar a attenção dos competentes para a amplidão da doutrina contida no projecto.

Finalmente, sobre a renuncia da acção civil e a composição sobre o damno em sua influencia sobre a acção penal consigna o projecto doutrinas que me parecem absolutamente inacceitaveis.

Tão pouco posso subscrever *in totum* o parecer da commissão da Faculdade de Direito.

Ambos foram inspirar-se em legislação de mais de dous seculos atraz, no regimen do velho direito francez instituido na Ordenança de 1670, que aliás se referia aos delictos privados.

Estes principios foram completamente abrogados pelos arts. 2.046 do Cod. civ. francez e 400 do Cod. de Instr. crime, de cujo regimen resulta implicitamente que a transacção não pode ser considerada como a confissão de um crime ou de um delicto da parte de quem a subscreve, porque ella suppõe precisamente o reconhecimento de um facto *damnoso*, mas não de um facto *culpavel*.

Tão pouco pode ella trazer obstaculo á absolvição do réo ; ao envez, a absolvição não prejudica a validade da transacção, qualquer que seja o motivo em que se funde : Cass. 16 de maio de 1876.

(*Garrand obr. cit. not. 1 ao n. 365*).

Parece-me ser este o regimen a adoptar-se, cingindo-se o projecto á maneira porque está redigido o art. 4.º do Cod. de Instrucção Crim., e o 8.º do Cod. Italiano, e isto pela ra-

zão de irrecusavel procedencia que exhibe Pessina, isto é, porque a acção publica constitue o elemento principal, e a acção privada dos damnos o elemento accessorio no juizo penal.

DO FORO COMPETENTE

ARTIGO 13 A 17

Não é licito encarecer a relevancia do assumpto desta parte do projecto. sabendo-se que joga com os mais graves direitos da sociedade e do cidadão, da fortuna á honra, da honra á liberdade e da liberdade á vida.

Por isso a ordem das competencias classifica-se no organismo do direito como um poder da ordem publica regulado e definido pelo direito publico, e a nossa Constituição assim o reconheceu com as prescripções do seu art. 6 da secção 3 do tit. 1.º do art. 3 § 15 etc.

e ha muito é sentida a deficiencia do nosso direito positivo sobre materia tão grave ; quanto basta para reclamar sobre ella a attenção e solicitude do poder legislativo.

A competencia em materia criminal é determinada na forma do art. 188, § 1.º da lei n. 18, de 1891, pelo logar do crime e pela residencia do réo (*ratione-loci*), pela naturesa do crime (*ratione materiæ*), e pela prerogativa do cargo (*ratione personæ*).

Não sei si foi feliz o projecto no silencio absoluto guardado sobre estas duas ultimas especies de competencia; quando cogita da connexão, que mantem com ellas estreitas relações ; colloco-me, não obstante, no terreno exclusivo de suas determinações.

Parece, pela posição dada ao fôro do logar do crime no corpo do texto, que o projecto teve em vista dar-lhe preferencia, e si é esta sua verdadeira intenção, conforme com as legislações franceza e italiana, só temos que applaudil-o.

Si o fim do processo penal, diz o professor Puglia, é a reaffirmação da ordem juridica, si esta reaffirmação exige que a pena seja *exemplar* e fira o verdadeiro delinquente e em proporção da sua culpa, nenhum magistrado pode melhor concorrer para a consecução desse fim do que o do logar do delicto commettido.

Ahi foi a lei violada, accrescenta o M. de S. Vicente (*ubi facinus, ibi pœna*), ahi foi provocada a acção publica, ahi, seja ou não o domicilio do réo, ha mais facilidade em colligir as provas e esclarecimentos necessarios, e portanto é de todos o fôro mais racional.

Como o do logar do delicto, auctoriza tambem o projecto o fôro da residencia do réo, ou, como quer o M. de S. Vicente, porque ahi o tem o indiciado mais meios de defesa

ou porque no logar do domicilio, com meios mais efficazes e mais completos, se chegará a conhecer a vida exterior do accusado ; na casa da habitação quasi sempre se acham as reliquias do operar criminoso do agente, como os corpos de delicto, o fructo da acção criminosa, como expressa-se Taranto a proposito do art. 14, do Cod. do Proc. Italiano.

Entre o logar do crime e o da residencia do réo, compete a escolha ao offendido nos casos em que lhe é privativa a acção, solvida d'est'arte a conhecida controversia que se levantou na interpretação do art. 160 § 3 do Cod. do Proc.

Continuam sem solução, no dominio das disposições do projecto, as difficuldades demonstradas nos casos concretos acerca de tão magno assumpto, tal como na vigencia do direito actual.

Assim, no caso de ser o réo vagabundo e não se conhecer o logar do crime, ou ser este commettido nos limites de duas circumscripções territoriaes, qual o fôro competente ?

Nestas e outras hypotheses semelhantes, pela nossa lei antiga, tinha logar a prevenção que se regulava pela prisão do réo, como se vê em Per. e Sousa—Linh. Crim. § 70 e nota 40.

O Cod. de Instr. Crim., arts. 23 e 63, restabeleceu a concurrencia para o julgamento como para a instrucção, entre o juiz do logar do delicto, o do domicilio e o da captura do réo. (*Merlin — Repert. v. competence* § 2.)

Isto, porém, quanto aos delictos e crimes ; quanto ás contravenções de simples policia, a competencia se determina pelo logar em que foram commettidas, conforme o Cod. cit. arts. 139, 140 e 166.

Do mesmo modo, a legislação italiana admitte a competencia do logar da prisão, dando-lhe até preferencia á do logar da residencia, salva a hypothese da prevenção, segundo os termos do art. 16 do Cod. do Proc. Pen. o que provocou censuras de Taranto apoiadas por F. Puglia.

Fôra para desejar-se que fosse auctorizado o fôro da prisão, como queria o M. de S. Vicente, fundado em F. Helie, para que o respectivo juiz possa colligir os esclarecimentos e provas, dar as buscas e proceder ás demais diligencias que seguirem a repressão.

A legislação franceza, no conceito de Ortolan, teve em vista multiplicar as facilidades, e esse criterio não é para despresar-se na confecção de uma lei que tem a missão especial de segurar a repressão do crime.

Começado o crime em um districto e consummado em outro, qual o fôro competente ?

Nem sempre é de facil applicação o conceito juridico do delicto tentado e do delicto consummado, pelas duvidas que surgem na sciencia sobre o momento consummativo de al-

guns delictos ; e o cit. auctor italiano exemplifica com a calumnia impressa, escripta em um logar e publicada em outro, em que o logar da consummação é o da publicação ; no estellionato o logar da consummação é aquelle em que se deu a entrega real da cousa etc.

O M. de S. Vicente, tratando de hypothese semelhante, de delictos começados no Imperio e consummados fóra delle, e vice-versa, diz que ha pelo menos o fôro competente do logar do delicto, porquanto ha delicto, ou seja começado ou continuado ou consummado, accrescendo o fôro do domicilio, caso o delinquente o tenha no Imperio.—(*Cod. do Proc. cit. n. 115*).

Este modo de pensar, porém, que parece inspirado pelo direito romano L. 1 Cod 3—15—, inapplicavel entre nós, não pode se applicar com relação ao projecto, porque este emprega o verbo commetter em tempo passado—*commissum est*—referindo-se ao logar em que se dá o acto consummativo, o facto material que constitue a violação do direito tutellado pela lei penal.

Como a materia, porém, é controvertida, bom seria estabelecer-se a respeito um preceito imperativo a exemplo do art. 17 do Cod. Italiano.

Na parte relativa à connexão dos crimes, não estão as disposições do projecto isentas de serias objecções.

Tão pouco pode fornecer algum a jurisprudencia dos Tribunaes, por ser vacillante e contradictoria.

Diversos magistrados de 1ª. entrancia, fundados no aviso circular de 27 de agosto de1855, reconheceram o principio da connexidade dos crimes nos processos de sua alçada e competencia, e muitos desses julgamentos foram confirmados pelos tribunaes de 2.ª e alguns pelo S. Tribunal da Justiça.

A relação de S. Paulo e o proprio S. Tribunal ultimamente separaram-se desta doutrina pelos fundamentos que se vêm transcriptos no direito vol. 34 pag. 486.

O principio da connexidade dos crimes com todos os seus consectarios juridicos, está reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como se vê no direito vol. 62 pag. 551.

A connexidade dos crimes importa a collisão de jurisdicções, a que se refere Pessina, a qual tem raiz no principio da unidade do julgamento para evitar a contrariedade dos julgados, principio assim formulado *ne causae continentia dividatur*.

Do mesmo pensar é Ortolan que reconhece que a consequencia principal da connexão é uma juncção de processos e que essa juncção de processos importa muitas vezes uma prorogação de competencia.

Uma cousa não pode existir ao mesmo tempo em dous logares differentes : tal em difinitivo a base do principio que não permitte que sobre um só delicto muitas pessoas se-

jam perseguidas ao mesmo tempo em differentes tribunaes.

Dividi o processo, escreveu Merlin, instrui-o em differentes tribunaes, isolae os accusados, e o debate não terá mais importancia, as incertezas se multiplicarão, as luzes se enfraquecerão e a verdade ficará obscurecida. (*Repert. cit. v. Connexité* § 2.)

Difficuldades, porém, serias e numerosas surgem na pratica judiciaria por occasião de decisões dos casos concretos.

De tal natureza são ellas que Ortolan, reconhecendo a impossibilidade de prescrever o legislador cousa alguma de absoluto a respeito, foi levado a consequencia de que à prudencia do poder judiciario deve ser deixada a apreciação sobre si ha ou não logar para a juncção de processos por causa da connexão e, por conseguinte, para a prorogação da competencia.

O projecto approxima-se desse systema, tão vagos e indeterminados são os seus termos, e parece afinal inexequivel; pois, só depois de completa a instrucção, conhecidas as particularidades do facto e o conjuncto das provas, poderá o juiz conhecer si o nexo a que se refere o art. 16 é *tal que se não possa scindir a prova sem perigo de sentenças contradictorias*, deixando assim o instituto de corresponder aos fins que teve o legislador em mente.

E' meu pensar que deviamos imitar a legislação franceza seguida pela italiana, determinando em que consiste este nexo ou laço commum, já sob o ponto de vista do fim commum, do concerto previo e da relação de causalidade, por meio de previsões indicativas e não limitativas.

Optima lex, diz o aphorismo de Bacon, *est quæ mininum relinquit arbitrio judicis*, de que parece bem distanciado o projecto, o que augmenta de gravidade, reflectindo-se que se trata de materia de competencia, onde tudo deve ser certo e previamente determinado por meio de regras fixas.

No tocante ao criterio a seguir-se no conflicto relativo à competencia *ratione personæ*, ou no concurso de crimes, uns da jurisdicção ordinaria, outros da extraordinaria, corre entre as legislações dos povos civis notavel divergencia.

Assim, pela legislação italiana é admittida a separação dos juizos, posto que se trate de connexão pessoal, na forma do art. 26 alin. 3 do cod. cit. que aliás guarda silencio sobre a connexidade real dos crimes communs e especiaes.

O commentador a justifica, dizendo, que no concurso de delictos communs e especiaes o principio da unidade de juizo cede ante outro mais elevado, segundo o qual deve o accusado ter aquellas *garantias e privilegios*, que por leis especiaes são estabelecidas (*Puglia cit. p. 2 Disp. gen* § 4)

Na legislação franceza vigora o principio de que a jurisdicção commum vem ceder a especial, e o projecto segue semelhante systema.

São conhecidas as razões que se costuma invocar em sustentação delle.

O privilegio é concedido não á pessoa, mas aos cargos publicos, em vista de ponderosas razões de interesse publico. Todo o acto, pois, que subtrae estas pessoas dos seus juizes naturaes privativos, é um attentado contra os mesmos cargos, em offensa á ordem social e á Constituição que o estabeleceu no privilegio do fôro.

A competencia especial deve a sua instituição á natureza das materias, que exigem conhecimentos peculiares, alheios ao juizo commum.

E', pois, justo que estes tribunaes não sejam despojados do conhecimento de um crime, que está em suas attribuições, e como não se pode dividir a instrucção nem fazer julgar o mesmo facto por tribunaes differentes, o juiz de excepção deve julgar indistinctamente todos os co-accusados.

Em duas palavras, diz o magistrado francez, a excepção deroga a regra geral; quando um delicto é attribuido a um tribunal de excepção, só este é competente para julgal-o; a jurisdicção ordinaria é sem character para delle conhecer.

Pelo facto da associação culposa, os associados renunciaram á jurisdicção commum, sujeitando-se á jurisdicção de excepção. (*Vide Merlin cit. ver. Connexité* § 2)

Estará o projecto com a verdade?

E no caso de conflicto relativo á competencia *ratione loci*, qual o criterio a seguir?

O projecto guarda silencio, quando numerosos podem ser os casos concretos.

DAS AUDIENCIAS

ARTS. 18 A 25

Passa o projecto a tratar das sessões dos juizes e tribunaes nas causas criminaes que perante elles se pleiteam; limita-se á reproducção quasi textual do direito constituido, e deixa de pé as lacunas de ha muito sentidas, apontadas pelos praticos.

Em conformidade com o art. 67 n. 12 da Constituição, excluida a excepção, consagra em termos geraes e absolutos a publicidade das audiencias, por certo a primeira das garantias processuaes.

Bentham considera a publicidade a primeira das cauções e faz della a base de todos os seus escriptos.

Lucchini diz que a verdade e a justiça não podem e não devem ter mysterios nem segredos; a notoriedade dos depoimentos e das circumstancias facilita a descoberta de novos factos, reforça o sentimento da responsabilidade, e é valido incitamento para obrar e dizer leal e verificamente;

emfim, onde o processo se envolve no segredo e no mysterio, entra e domina a suspeita do abuso, do arbitrio e da fraude, e a justiça tem sobretudo necessidade da luz, para que na consciencia do juiz se respeite a da sociedade, condição indispensavel afim de que o processo penal preencha seus altos e humanissimos fins. (*Elem. do Proc. Pen. n. 280.*)

O uso de administrar publicamente a justiça, escreveu o sabio Merlin, nasceu provavelmente do desejo de provar a todos os cidadãos, a todos os subditos de um imperio que os julgamentos proferidos sobre suas demandas são tão conformes a equidade e as leis que, sem receio de censura, podem ser ouvidos pela multidão; e em longas paginas do seu Repertorio de Jurisprudencia demonstra a excellencia do instituto. (*Vide v. audience*; *publicité des aud.*)

Longe iriamos se quizessemos e nos fosse possivel expender as opiniões e argumentos dos auctores que trataram do assumpto: quanto vae escripto, porém, mostra que o projecto consagra doutrina em parte verdadeira.

Digo — em parte — porque a ordem publica e a moralidade dos costumes exigem imperiosamente que se abra excepção á regra, sempre que a publicidade se torne a ellas perigosa, como o preceituam as legislações mais adeantadas.

Assim, em França, onde são publicos os debates, sob pena de nullidade, tem logar a excepção do *huis-clos*, declarado por um julgamento ou aresto publico, e motivado *ex-officio*, á requisição do ministerio publico ou a requerimento do accusado, restricta aos debates, em caso de tornar-se a publicidade perigosa para a ordem e os costumes. — Arts. 153, 190 e 309 do C. inst. cr. 7 da lei de 20 de abril de 1810, e 81 da Const. de 4 de novembro de 1848. (*Garraud, cit. n. 501 — Ortolan, cit. ns. 2:285 e seg.*—).

Do mesmo modo, na Allemanha, á publicidade das audiencias, cuja ausencia é motivo de nullidade, nos termos do artigo 377 do Cod. proc. pen. e que deve constar do termo conforme o art. 272 do cit. cod., faz-se a excepção nos mesmos casos da legislação franceza; o *huis-clos* é de direito si uma das partes o requer; póde tambem ser pronunciado *ex-officio* pelo tribunal. Arts. 170 a 176 do Cod. de Org. Jud. de 27 de janeiro de 1877. (*Vide L Dubarle, not. aos cit.* arts.)

Na Italia, consagrada a publicidade das audiencias pelo art. 72 do Estatuto, constituindo a omissão motivo de nullidade, nos termos do art. 268 do Cod. do Proc. Pen. abre-se tambem a excepção nos casos da legislação franceza, pronunciada a requerimento do ministerio publico ou mesmo officialmente pela côrte, tribunal ou o pretor — em publica audiencia e inserida a *ordinanza* com os seus motivos no auto.

Na Inglaterra, onde tudo se faz na maior publicidade, sempre que se julga um negocio, cujos debates são de natureza a provocar escandalo e apresentam perigo para a moralidade

publica e os bons costumes, á ordem expressa do meirinho, pronunciada em alta voz, retiram-se immediatamente da sala as mulheres e as crianças.

Finalmente, na Escossia, prevalece egualmente o principio da publicidade; mas os juizes podem ordenar o *huis-clos* nos negocios de estupro, de adulterio, de attentado ao pudor, e o publico é então excluido da audiencia. (*Vide Mittermaier — Proc. crim. en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amerique du nord.* § *24*).

Já o Marquez de S. Vicente reclamou providencias a respeito no direito constituido, e nem o pacto fundamental póde ser embaraço a que ellas se realizem, em vista da expressa reserva consignada na 2.ª parte do referido art. 67 n. 12.

Não são para despresar-se o reclamo do mestre e a licção da experiencia accumulada de seculos, devendo o legislador ter em vista que ha muitas particularidades que a moral deve cobrir com véo espesso, e que seria perigoso produzir em publico; a publicidade egualmente poderia em certos casos comprometter a ordem. (*C. Chameane — Dict. de Leg. usuel v. audience*).

DA PROPOSIÇÃO DA ACÇÃO

ARTIGOS 27 E 37

Na enumeração dos requisitos extrinsecos de que se deve revestir o acto que dá origem ao processo criminal, o projecto firma proposições que provocam no meu espirito duvidas e objecções, que, externadas em desafio da discussão, miram tão sómente facilitar a obra dos executores de amanhã.

Não vejo entre as condições da queixa o juramento do art. 78 do Cod. do Proc., nem a formalidade de qualquer affirmação que o substitua, sob a invocação da honra, de Deus, de Mahomet, ou da Deusa Humanidade do positivismo dominante.

Dir-se-hia que o provecto e illustrado auctor do projecto tinha em mente, ao traçar esta parte de seu trabalho, as palavras energicas do eminente processualista moderno: sob o aspecto social constitue o juramento uma degradação do individuo; é causa desmoralizadora, que insinúa nos homens a opinião da escusa da mentira não acompanhada daquella solemnidade; é a sujeição das instituições civis ás crenças e ritos religiosos

E' diversa, porém, a tradição do nosso direito, em perfeita harmoniacom os sentimentos da nação: o juramento já vem da nossa antiga legislação, diz o commentador, como uma garantia da verdade, ou ao menos da boa fé, ou contra a calumnia; foi reputado como formalidade de natureza substancial, de maneira que a preterição induzia nullidade do processo, e isso foi corrente na jurisprudencia.

Preenchia tambem outro fim, embora secundario; sua assignatura tinha a virtude de sanar a nullidade da falta de assignatura da petição de queixa.

Abolido elle, pergunto: é essa nullidade sanavel pela assignatura do auto de perguntas, a que será o queixoso sujeito em conformidade dos arts. 247 n. 1 e 248?

Não, dir-se-ha logo, porque a queixa não será recebida,em face da disposição terminante do art. 30.

Mas, direi eu, a resposta illude, mas não decide a questão: tambem no direito actual ninguem poz em duvida a vigencia dos preceitos contidos nos arts. 397 do Reg. n. 120, de 1842 e 50 do decreto n. 4824, de 1871, e no emtanto não foram embaraço á plena execução do Av. de 9 de abril de 1836, como o attestam as decisões dos juizes e tribunaes superiores, e constam do Direito, vol. 53, pag. 264 e outras.

Não vejo motivo para a exigencia da assignatura de duas testemunhas na queixa, não sabendo o queixoso ler nem escrever, quando o Cod. de Proc. contentou-se com a de uma digna de credito, revogando a Ord. liv. 5 tit. 117 § 6, e nenhum inconveniente demonstrou a pratica nisso.

Tambem não comprehendo porque omittiu-se das exigencias do art. 33 a hypothese do art. 3 n. 4 incluindo-se as dos ns. II e III, quando são as mesmas as razões de legislar.

Por quem imposta a multa do art. 35?

Parece que a competencia é exclusiva do Procurador Geral, segundo a lei da organização judiciaria, mas não sei de que elementos possa dispor na especie para a imposição da pena; tudo aconselha a competencia do juiz da causa, como era na legislação anterior, como unico do caso e de suas circumstancias conhecedor.

Finalmente, a leitura desta parte do projecto suggere-me uma observação, que reputo de certa importancia para não escapar á attenção do legislador.

O crime de furto nas hypotheses dos § § 1, 2 e 3 é da competencia do tribunal correcional, e na do § 4 da do jury, assentada a classificação do facto em uma ou outra especie na verificação do valor do objecto furtado.

Qual o processo dessa verificação?

O Cod. Penal o indica no art. 405 § 2, isto é, o arbitramento feito por peritos nomeados pelo juiz, mas isso já suppõe a acção proposta em devida forma, perante juiz competente, o que deu motivo a que rectos e adiantados espiritos julgassem ser o crime de furto de qualquer especie da competencia do jury, a exemplo do julgamento dos crimes de damno e ferimentos involuntarios do art. 19 da lei n. 2.033,de 1871, objecto que foi de tão longa controversia.

Alem de inexequivel, esta disposição do Cod. Penal não parece quadrar bem no corpo do direito substantivo, tratando-se de simples diligencia do primeiro momento do processo sobre que legisla o Estado com auctoridade soberana,

que emana da lei fundamental, e o silencio guardado a respeito pela illustrada commissão revisora do Cod. no seu parecer de 19 de agosto de 1893 revela a procedencia do meu reparo.

Pois bem; eu quizera que, a exemplo do que se praticà no processo civil, onde é a parte obrigada na petição inicial a especificar o valor da causa, que determina a competencia do juiz, fosse requisito extrinseco da queixa crime a declaração do valor do objecto furtado, ou sobre que recahir o crime.

Dirão os doutos si estou em erro prejudicial á administração da justiça.

DA CITAÇÃO

ARTS. 38 A 52

No preambulo do Cod. austriaco de 1803, de Francisco II, está escripto que a base da nova legislação era a necessidade de patente de dar á justiça um curso prompto e seguro, afim de que, por uma parte se não perdesse por longo tempo o culpado por incerteza ou duvida de lei, por outra fossem garantidas pelo throno as vidas e propriedades dos subditos innocentes.

Deve ser de facto esse o espirito a animar qualquer tentativa de reforma processual ; occorre, diz eximio mestre, que as normas processuaes correspondam, não só ao intento de reprimir a delinquencia, como ainda ao de tutelar a innocencia ; alem do escòpo de ferir a licença dos maus, tem a missão de salvaguardar a liberdade dos honestos.

Estes dous interesses, fundamento do processo, e cujo compendio e synthese se acham na descoberta da verdade que é delle a finalidade especial, têm ambos character, não individual um e social outro, mas tão sómente social : a condemnação do innocente, escreveu Ortolan, (ob. cit. n. 2.289), é para a sociedade maior desgraça do que para o proprio condemnado.

Qualquer plano de reforma, pois, deve necessariamente ser presidido por esse intento supremo : todos os actos, normas e formas, constituindo o rito processual devem servir não só o interesse repressivo, como o interesse tutelar da innocencia, que prevalecerá em caso de inconciliavel conflicto.

Não vae nos expostos conceitos, aliás bebidos em fontes puras, uma mera divagação philosophica, sem interesse pratico ; sirvo com elles a um pensamento mais elevado.

Entrando na parte propriamente ritual do projecto, eu tenho necessidade de saber si foi attendido aquelle escopo primario, e si o rito prescripto está cercado dos precisos requisitos fundamentaes.

Perdõem-me os doutos a ousadia : não creio na excellencia da reforma nessa parte, e ao ler os seus textos, que

desferem tão fundos golpes nas conquistas da liberdade individual, tenho saudades de nosso antigo direito, do bello patrimonio nacional, que se tem hoje prazer de despedaçar para levantar sobre as ruinas obras ephemeras e mancas.

Pelo art. 47, deve ser pessoal a citação para a acção e o julgamento, salvo, entre outros, o caso de ausencia fóra do districto ; e, em virtude do art. 39, far-se-ha a citação por precatoria quando em logar extranho á jurisdicção do mesmo juiz que a expede.

Mas, para o cumprimento da precatoria expedirá o juiz deprecado mandado, em cujo cumprimento ter-se-ha de citar o rêo em propria pessoa, o que vem a ser a citação pessoal do rêo ausente fóra do districto, o que aliás dispensado está pelo disposto no n. 1 art. 47.

Em que hypothese, pois, terá logar a citação por precatoria ?

Tratando-se de contravenção ou crime afiançavel, occultando-se o citando, ordena o projecto a citação com hora certa, observadas as formalidades do art. 49, as mesmas do juizo civil.

Parece-me isto uma complicação processual com offensa dos requisitos fundamentaes do processo, que deve o rito realizar.

E' obvio que ante a mole de exigencias do art. 49 desapparece do organismo processual a precisa simplicidade, como e quanto são simples as leis da logica commum, que o devem presidir, como e quanto é simples o senso vulgar, a cujo alcance deve adequar-se a obra judicial, afim que com esta se possa harmonizar a con sciencia popular. (*Vide Lucchini cit. n.19*).

Do mesmo modo, as multiplicadas exigencias do projecto preiudicam inevitavelmente a celeridade do processo, por certo uma de suas primeiras condições, porquanto, na expressão de insigne processualista, torna mais difficil a dispersão dos traços e das provas do crime, e faz mais efficaz a obra da justiça, fazendo com que a sentença de condemnação siga em breve intervallo a consummação do delicto; e em caso de absolvição, accrescenta outro, a presteza dos actos torna o processo menos prejudicial a quem foi indevidamente indiciado.

Finalmente, são ellas offensivas ao requisito da equidade, emquanto dão predominio a um dos dous interesses fundamentaes do processo, facilitando a impunidade dos malfeitores.

Nestes termos, afigura-se me que melhor andaria o projecto si considerasse como feita a citação, no caso de occultar-se o réo, uma vez que por official de justiça fosse entregue em casa delle ou, quando não possivel, na de um visinho.

E' este, *mutatis mutandis*, o systema do Cod. do Processo italiano art. 189, com o adminiculo da hypothese prevista no art. 190.

A materia contida no art. 51 dá margem a diversos reparos, que, como connexos com o assumpto da defesa do réo no summario, serão ahi expendidos.

Finalmente, eu desejara que, em vez do paragrapho unico do art. 52, se reproduzisse no projecto o art. 97 do Cod. do Processo, com suas amplas expressões, ante as quaes, parece dever se reputar como sanada a nullidade do summario de culpa, tirado a revelia do réo, desde que este não fizesse uso da faculdade, que ahi lhe é outorgada.

Vae nisso interesse da prompta repressão dos crimes, livre d'est'arte de mais um embaraço sem sacrificio de direitos do accusado em vista da sua tacita renuncia : *renunciare juri, vel favori, suo quilibet potest* ; *renunciantijuri suo non datur regressus.*

Preso ou não o réo, procurado ou não, verificando-se a hypothese da renuncia ou não uso dessa faculdade, parece-me dever-se reputar sanado o vicio do processo resultante da preterição da formula essencial da citação : *beneficium non confertur in invitum.*

DA ACCUSAÇÃO

ARTS. 53 A 61

Determinando o art. 53 que o offendido será admittido a accusar nos casos em que tiver iniciado a acção, nega-lhe implicitamente aquelle direito nos casos em que o promotor a inicia, posto que venha a parte posteriormente com sua queixa : *unius inclusio, alterius exclusio.*

E' possivel que esta hypothese, segundo a orientação do projecto, não se possa realizar pela inadmissibilidade do recebimento da queixa ; mas então, sobre distanciar-se da doutrina do art. 408 do Cod Penal, como já provei, o projecto não se conforma siquer com os principios liberaes firmados pelo Supremo Tribunal de Justiça do Imperio, na vigencia do direito anterior, que se procura reformar no sentido mais conforme aos progressos da sciencia, e á indole do novo regimen politico.

E' fóra de duvida que, segundo a jurisprudencia constante dos tribunaes do Imperio, seguindo a doutrina de diversos avisos do governo, á parte não habilitada legalmente com a queixa não era permittido accusar, mas tambem foi certo que á parte queixosa se garantiu o direito de accusar perante o jury, ainda que tivesse sido procedida pelo promotor publico em sua denuncia.

Assim, vê-se julgado no Direito vol. 10 pag. 71 por accordão unanime do S. Tribunal da Relação do Rio, de 8 de junho de 1875, com fundamento no disposto nos arts. 16, da lei de 20 de setembro de 1871, e 20 do Reg. 4.824 de 1871, ficando d'est'arte confirmado o despacho do juiz da 1.ª isntancia.

Foram fundamentos do despacho aggravado, em breve synthese, admittindo a accusação do offendido :

1.·, porque a queixa envolve a faculdade de accusar, e, não marcando a lei praso para apresentação della pelo offendido em juizo, foi legitimamente recebida antes do encerramento da formação da culpa ;

2.· porque o contrario seria o esbulho de importantissimo direito sem fomento de justiça, porque o offendido, como directamente lesado, é o mais interessado na punição de criminoso ;

3.· porque, não podendo a accusação particular excluir a do ministerio publico, é justa a reciprocidade porque são eguaes os direitos, o trabalho o mesmo e os interesses harmonicos ;

4.· porque não peiora a sorte do réo, visto como, as duas accusações importam o mesmo que terem as partes o patrocinio de mais de um advogado ou procurador, como amplamente faculta o art. 322 do Codigo do Processo e quanto ás recusas devem ser combinadas, por terem applicação os arts. 33 da lei de 18 de setembro de 1828 e 107 do decreto n. 5.618, de 2 de maio de 1874 ;

5.· finalmente, porque assim o permittem as leis de 18 de agosto de 1828 arts. 30 e 33, de 20 de dezembro de 1830 art. 32, a de n. 2.033 de 1871 art. 16, de 20 de setembro de 1830 arts. 20 e 21; Decretos 4.824 de 1871, art. 20 e 120 de 1842, arts. 389, 390, 401 e 403, de 9 de outubro de 1850 art. 5, 6 e 7 n. 5.618 citado arts. 98. 99, 101, 107 e 108.

Sei que ha decisões do Governo e dos tribunaes em contrario, mas o interesse da repressão dos crimes parece aconselhar doutrina diversa á do projecto, sendo certo que, como diz Casorati — (*Il processo penale e le riforme* — pag 280), quem se propõe liberalizar favores aos accusados chega facilmente a comprometter os interesses da segurança social.

Sobre o que se contém no art. 54 são applicaveis as reflexões anteriormente expendidas a proposito do art. 8.º ; e no que concerne ao art. 55 exporei no capitulo referente ao libello diversas observações, que me suggere o assumpto.

DA DEFESA

ARTS. 56 A 61

Com a devida venia eu peço licença para oppor embargos ao systema do projecto no momento maximo em que procura salvaguardar os interesses da liberdade e da innocencia.

Nunca lamentei tanto minha pequenhez intellectual como ao abordar tão vasto e espinhoso assumpto, para o qual convergem os estudos mais accurados dos Odillon Barrot, Helie, Favre, Bernier, Ortolan, Bondeau. Jancourt, Prins, Pergameni, Bar, Geyer, Pessina, Tolomei, Carrara e tantos outros.

Em compensação, porém, será intima a minha satisfação si as objecções, que levanto, a esta parte do projecto, despertando o ensinamento dos mestres, contribuirem de qualquer forma para melhor regulamentação da materia no sentido de amplas garantias á liberdade e á innocencia, sem sacrificio do interesse repressivo da delinquencia.

Tenho para mim que a publicidade, o contradictorio e a defesa, mesmo no periodo da instrucção, são o meio mais racional e efficaz para a descoberta da verdade judiciaria.

Diz-se em contrario que a publicidade da instrucção tornaria impossivel a descoberta da verdade historica ; paralyzaria a obra do instructor por causa das opposições e retardamentos ; tolheria á mesma instrucção a segurança e a unidade de sua direcção ; habilitaria o accusado e cumplices não descobertos a urdir tramas contra o processo, a supprimir os traços do delicto, a destruir os documentos, a intimidar e corromper as testemunhas, a embaraçar por todos os meios possiveis o andamento regular da administração da justiça. (*Vid F. Manducca — Studii theorico—pratici sulla procedura penale-Stud* 111).

E Garofalo, adepto do systema inquisitorio no desenvolvimento do processo escripto, accrescenta que a publicidade seria uma inutil complicação, pois que, não tendo o juiz instructor a missão de accusar ou defender, a sua imparcialidade suppre a contradicção das partes com grande economia de tempo e de trabalho. (*Criminologia, parte 3, capitulo 3, n. 2*).

O Codigo do Processo Penal do Imperio Austro-Hungaro § 45 e o 97 e do Imperio Germanico §§ 159 e 160 prescrevem o contradictorio para alguns actos determinados.

Os Codigos de Brunswick § 7; da Saxonia, § 42; de Wurtemberg § 272 ; de Brema, § 226 ; de Baden, 197 ; Hamburgo, § 132, e de Oldemburgo § 173 o admittem com alguns limites.

O projecto hungaro de Brabante art. 369 propunha a defesa durante a instrucção, e o francez, apresentado a 27 de novembro de 1879 em nome do Governo, mantem os characteres de — secreta e escripta — á instrucção preparatoria, mas torna a contradictoria podendo o réo ser assistido por um conselho, e participar com este nos actos da instrucção.

E' sobre a medida desta participação que existem divergencias entre o projecto do Governo, o texto adoptado pelo Senado, e o texto emendado pela commissão da Camara dos Deputados, divergencias que até hoje retardam sua adopção.

A instrucção é secreta na Escossia e na Irlanda, na França, na Allemanha e na Italia.

Os estatutos da maior parte dos Estados Americanos admittem a publicidade da instrucção preparatoria em todas as suas phases, salva a excepção consagrada pelo Codigo de New-York de 1850 art. 202.

A legislação ingleza admitte a publicidade e o contradictorio, salva a excepção da lei de 14 de agosto de 1884, e tem ali produzido resultados praticos os mais vantajosos, salientados assim pelos juristas :

a) O processo inquisitorial tende antes de tudo a obter a confissão do accusado, e, desde que a lei reconhece que não é elle obrigado a testemunhar contra si proprio, toda a restricção á publicidade, não tendo mais razão de ser, deve desapparecer. Reconhecer a legitimidade da publicidade no debate definitivo sem reconhecel-a ao mesmo tempo para a informação preparatoria, é uma inconsequencia tanto mais injustificavel quanto se considera que é nesta phase do processo que o accusado está sujeito a medidas que mais podem attentar contra sua liberdade.

b) A informação preparatoria secreta faz sempre temer illegalidades ou vexações para com os accusados, e a publicidade, que lhe garante todos os meios de justificação, exclue esta crença e, portanto, é reclamada pelo proprio geral interesse.

c) Despronunciado um accusado depois de um summario secreto de longos mezes, pode o povo temer injusto favor para com elle, e a publicidade, fazendo-o juiz das razões do julgado, arreda a desagradavel impressão.

d) Uma das grandes vantagens da publicidade na instrucção é impedir o nascimento de todos os falsos rumores cuja propagação pode ser tão funesta aos interesses da justiça.

e) Muitas vezes, a publicidade da informação preparatoria contribue poderosamente para fazer descobrir novas provas importantes,como succedeu no caso do capitão Cresby, narrado pelo *Times*, de 14 de setembro de 1850.

f) Nos paizes em que a informação preparatoria é secreta, a leitura na audiencia publica dos depoimentos escriptos de testemunhas auzentes é sempre mais ou menos uma grave violação do debate oral. Esta leitura, na Inglaterra, apresenta muito menos incompatibilidade com este principio, graças á publicidade da instrucção preparatoria. (*Vide Mittermaier— Proc. Crim. Cit. § 13 n. 1*).

Não obstante todos estes fundamentos e vantagens attestados por longuissima pratica judiciaria, em um paiz, cujos habitos procuravamos outr'ora imitar, valendo-nos tanta liberdade fruida, o projecto, seguindo os traços da legislação franceza e os criterios do systema mixto, prescreve o segredo na formação da culpa, conforme o preceito não revo-

gado do art. 234 da lei n. 18, de 1891, para o caso de crime inafiançavel com ausencia do réo; confia a tarefa instructoria não ás partes, mas ao juiz, dito formador da culpa; exclue a ingerencia verdadeira e propria de defesa, limitada a actos determinados.

Eu ainda não me deixei dominar pela febre do dia nas reformas juridico sociaes; penso com Moleschott em quanto dizia no Congresso Antropologico em Roma, em novembro de 1885, que só as idéas maduras podiam entrar na vida politica das nações.

Eu não creio, disse um grande estadista europeu, nos Estatutos eternos, mas creio não ser cousa mui facil nelles tocar ; asleis fundamentaes de um Estado são aquellas que a opinião publica exige.

Mas nós, sem embargo do preceito contido na segunda parte do art. 147 do Cod. do Processo, achamo-nos de facto ha longos annos no goso pacifico da regalia processual da publicidade: o publico ainda não foi privado de assistir aos actos de formação de culpa, nem a imprensa encontrou embaraços na ampla divulgação das peças de instrucção das causas mais celebres, por causa do segredo judicial.

Pode-se mesmo dizer com a convicção da verdade, que si alguem ousasse oppor qualquer reserva ou objecção ao exercicio da preciosa garantia, encontraria contra si, como entre os inglezes, a repulsa do sentimento geral, e quiçá da propria consciencia educada nos sãos principios da liberdade congenita com a nação.

O projecto, pois, encontrou a idéa amadurecida na opinião; só lhe restava o dever patriotico de consignal-a no texto positivo, sob pena de serem mortas suas lettras como o foram as da legislação que reproduz.

Com referencia ao contradictorio das partes, se diz que pode prejudicar à sinceridade e presteza da instrucção.

Não são objecções serias.

Quanto á primeira, as considerações expendidas mostram a plena luz a sua improcedencia, tanto mais evidente quanto é certo que as normas processuaes devem por egual attender aos dous interesses fundamentaes, que presidem ao processo, ambos de character social,—o repressivo da delinquencia e o tutelar da innocencia.

Quanto á segunda, direi com Lucchini que a celeridade não póde andar em detrimento da justiça, e em linha de coherencia, trata-se sómente de moderadores temperamentos a um systema por si mesmo não merecedor de approvações.

Tão pouco procede a objecção de Garofalo, porquanto a neutralidade, imparcialidade e desinteresse do juiz só podem ser obtidos com uma condição unica e infallivel: a sua passividade.

O juiz deve ser juiz, só deve apreciar, avaliar e julgar as acções e proposições alheias.

Quando age, não julga ; e quando julga o proprio facto nenhuma garantia offerece de fazer obra de justiça. (*Lucchini cit Elem. P. Pen. n. 231*)

Como se vê, eu ataco a obra do projecto nos seus fundamentos, nos proprios alicerces, como incompativel com os progressos da sciencia, e attentatoria das mais vitaes garantias do cidadão.

Não ; diz-se hoje que o novo regimen veiu libertar a nação encaminhando-a na estrada larga da liberdade, e eu não desejo que uma lei do meu Estado, attentando contra as mais preciosas conquistas do direito individual, aliene delle as sympathias oriundas do programma de felicidade geral.

Tomem-se todas as cautelas precisas contra o abuso das partes, amontoem-se providencias que garantam a celeridade possivel do processo, em garantia do interesse repressivo que é vital para o Estado, mas por egual attenda-se ao interesse, não menos vital para o Estado, que salvaguarda a innocencia e a liberdade dos honestos.

Imitemos neste particular a Inglaterra, que, no dizer de Pessina, é a mestra da liberdade do mundo ; façamos leis que realcem a obra do poder, a quem a Rainha Victoria, inaugurando o palacio da justiça, dirigia aquellas memoradas palavras:

« A vós, oh ! juizes, estão confiados os direitos de minha corôa e a liberdade do povo inglez. »

DOS PRASOS

ARTS. 62 A 64

Parece-me extremamente confusa esta parte do projecto.

Tendo-se em vista a terminologia do art. 62, segundo o qual a computação dos prasos se faz por dias ordinarios, *de die ad diem*, é crivel que o legislador tivesse em mente repellir o systema da contagem de momento a momento, ou ao menos por horas, como observamos em alguns prasos do fôro judicial, guiando-se pelas ponderações do sr. Teixeira de Freitas :

« Generalizar tal systema, que aliás reproduz a verdade do praso mathematico, fóra até certo ponto de execução impossivel ; e, nos limites do possivel em rigor, extremamente pesado pela difficuldade da prova. » (*Vide Regras de Direito pag. 76*)

Mas, si é este o systema do projecto, o seu texto é insufficiente para a solução das difficuldades que offerecem os variados casos concretos, e é licito interrogar qual das maximas contradictorias deva prevalecer, si a—*dies termini a quo computatur in termino,* ou si a—*dies termini a quo non computatur in termino,* conforme a Ord. Liv. 3 · tit. 13, quanto aos prasos judiciaes, e o art. 356 do Cod. Commercial quanto aos prasos de vencimentos das lettras de cambio.

As mesmas ponderações procedem com relação ao *dies ad quem*. Comprehende-se que este deva-se computar, toda a vez que se trate de um termo *dentro do qual ou em que* um acto se deve realizar, porque então o acto deve necessariamente cumprir-se antes que o termo tenha decorrido, do contrario não terá mais logar dentro, mas sim depois do termo.

O inverso, porém, deverá ter logar, tratando-se de termo *depois ou antes do qual* o acto se tenha de realizar, porque então é necessario que o *inteiro* termo esteja completamente decorrido, pois do contrario, o acto se cumpriria *dentro* do termo, contra a vontade do legislador.

(*Matirolo—Trat di Dir. Giud. Civ. Ital 4.ª edc. vol. 2 n. 116*).

Mas eu tenho duvida em ser este o systema do projecto porque declara que os dias ordinarios são *continuos* e os dias continuos se contam de momento a momento, como ensina o mesmo T. de Freitas cit. pag. 300, reproduzindo Nogueira Coelho.

Duvidou-se si as palavras da Ord. liv. 3 tit. 21 § 22 emquanto dispõem que o dia, em que se autuarem as suspeições se contará nos 45, em que se devem determinar, si se havia de entender que se contasse todo o dito dia, ou si havia de fazer conta da hora em que se autuou. E assentou-se que se haviam de contar os dias da suspeição de momento a momento, a saber, da hora em que o escrivão a autuou por ser assim mais conforme o Direito e a Ordenação, alem de não declarar isto, ser exorbitante.

São as expressões do Assento de 14 de junho de 1633.

Si esta é a intenção do projecto, procedem as censuras do sr. T. de Freitas, e, por se deverem contar os dias feriados, é licito indagar-se si obedece á justa orientação.

Seja embora domingo, que se guarda em honra de Deus, o ultimo dia do praso em um acto dos não exceptuados pelo paragrapho unico do art. 26, deve-se comtudo computar segundo os termos do projecto.

Mas suspendendo-se nesse dia os trabalhos do fôro criminal, temos como necessaria consequencia uma abreviação indebita e injusta do termo legal.

Conviria, pois, que se adoptasse preceito simelhante ao do art. 1.033 do Cod. do Processo Civil Francez com as modificações da lei de 3 de março de 1862, do Cod. de Sardenha de 1854 art. 1.104 e do de 1859 art. 1.142, e que se encontra mesmo no Cod. Germanico § 200, a saber, si fôr feriado ou de festa o dia *ad quem*, o termo se reputará acabado no primeiro dia successivo não feriado ou festivo.

Por essa forma dar-se-hia de pleno direito justa prorogação ao praso ou ao termo, palavras synonimas no Cod.

Dar-se-ha que ahi verifica-se o impedimento a que se refere o art. 64?

Não, porque as ferias não se reputam impedimento legal, como em simelhante hypothese decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em Accordão de 18 de abril de 1874, interpretando o art. 658 do Reg. n. 737 de 25 de novembro de 1850, e si a mente do projecto era sanccionar a doutrina contraria perfilhada pela Relação do Rio de Janeiro em Accordão de 6 de agosto de 1882, era mister que o declarasse no texto expresso. (*Vide Direito, v. IV, 113, 1,367*).

Razão, portanto, me assistia, quando affirmei em principio serem confusas as disposições do projecto.

DO CORPO DE DELICTO

ARTS. 66 A 74.

Chegando a esta phase essencialissima do processo, sinto necessidade de levantar, não sem fundamento, uma pequena preliminar.

Alguns entendem por corpo de delicto o delicto em genero, o facto objectivo tanto permanente como transitorio; outros como o effeito material do delicto em especie, o facto objectivo mas permanente; outros, finalmente, como os traços reaes do delicto.

Ellero, que assim se expressa nos—*Trattati criminali*—usa do termo nos tres sentidos, e os nossos practicos seguiram-lhe os passos, designando por elle a constatação da existencia material do delicto.

E' o proprio delicto, não no sentido amplo da expressão de Daguessau, mas, como ensina Ortolan, o delicto no conjuncto de seus elementos materiaes ou physicos, ou a prova *in genere* do delicto dos auctores italianos.

Neste presupposto dividiam o corpo de delicto em directo e indirecto.

O primeiro tinha logar nos delictos de facto permanente por peritos para esse fim designados; o segundo no caso de desapparecimento dos traços por meio da inquirição prescripta pelos arts. 47 da Lei n. 261, de 1841, e 265 do Reg. n. 120, de 1842, a qual substituiu a especial do art. 134 do Cod. do Processo.

Ora, determinando o projecto no art. 187 n. 2 que o corpo de delicto é termo essencial do processo nos casos *em que é possivel*, de duas uma: ou empregou o vocabulo no sentido do facto objectivo mas permanente, ou na significação ampla dos nossos auctores.

Na primeira hypothese, rompendo bruscamente com as tradições de nosso direito, não empregou o termo no seu verdadeiro significado juridico, apartou-se da technica scientifica incorrendo no vicio das leis, cujo estylo não se pauta pela regra de Bentham: as palavras da lei devem pesar como os diamantes.

Na segunda hypothese, além de contradictorio comsigo mesmo, o projecto encerra doutrina falsissima.

Contradictorio, porque a certeza do delicto é condição necessaria para que tenha logar a procedencia da acção, conforme o art. 263, emquanto que a restrictiva do citado art. 187 n. 2 faz gerar a crença de que pode haver pronuncia sem o corpo de delicto nos casos em que é impossivel.

Doutrina falsissima, porque o corpo de delicto é sempre peça essencial do processo, quer se trate de delicto de facto permanente quer de facto transitorio, ou cujos traços já desappareceram.

A indole do processo no estado actual da sciencia assim o reclama, em contrario ao que parece resultar da mencionada restrictiva.

O corpo de delicto, como os factos e as idéas, soffreu a influencia da lei da evolução scientifica ou historica.

Os escriptores reduzem a tres as principaes formas do processo criminal: o accusatorio, o inquisitorial e o mixto.

O systema accusatorio é o primeiro que se apresenta na historia da legislação penal, encontram-se seus traços nas legislações dos povos antigos do oriente, e teve seu maior desenvolvimento na Grecia e em Roma.

Não havia então, ensina Mittermaier, inquiridor com caracter official para investigar a verdade, a questão litigiosa era, por assim dizer, toda subjectiva, e sendo de pouca importancia a natureza e caracteres do facto, era inutil fazer do seu exame o objecto especial de uma indagação judicial.

O systema inquisitorial appareceu nos ultimos tempos da época imperial; teve desenvolvimento no direito canonico sob Innocencio 3.· e foi acolhido no seculo XVI nas legislações da Europa, excepto a Inglaterra, e teve pleno vigor no seculo XVIII.

Uma das notas caracteristicas desse systema, diz Puglia, é que pessoas delegadas pela soberania social procedem *ex-officio* ás diligencias para a certeza dos delictos e punição dos culpados.

E' então e por isso que a doutrina do corpo de delicto desenvolveu-se, e, adquirindo importancia notavel, tornou-se elle obrigatorio pelas leis canonicas; no direito germanico da edade media encontram-se traços de um exame que se devia fazer no corpo da victima, e a Carolina obrigava o magistrado a proceder a verificação judicial em caso de homicidio, e do mesmo modo a Inglaterra com o Coroner. (*Mittermaier* — (*Trat. da Prov. part. 2.ª cap. 22*).

O systema mixto, que teve seu apparecimento por occasião da revolução franceza e é admittido emquasi todas as legislações da Europa, distingue o processo em dous estados: o primeiro inquisitorial, em que se preparam secretamente e por escripto as provas, e o segundo accusatorio, em que se discutem as provas para se amittir a sentença.

No dominio deste systema, o corpo de delicto, determinando a certeza delle, é formalidade essencial, e quando não possa ter logar o directo pelo desapparecimento dos traços, proceder-se-ha ao suppletorio ou indirecto, ou por equipollentes, segundo a expressão de Lucchini.

A diversidade das legislações no modo de regularem o instituto não destroe o principio enunciado.

Releva ponderar que os conceitos expendidos referem-se ao instituto juridico, não ao facto que naturalmente antecedeu ao direito escripto, do mesmo modo que a medicina legal, que nasceu com o homem, pois que está intimamente ligada com o prazer e a dor no dizer do Sedillot, só mais tarde teve existencia distincta no quadro das disciplinas scientificas.

O corpo de delicto é quem attesta a culpa, as testemunhas o delinquente, tal a linguagem da nossa lei—Alvará de 4 de setembro de 1765.

Exigindo os arts. 144 e 145 do Cod. do Processo, e 286 do reg. n. 120, de 1842, o pleno conhecimento do delicto para a procedencia da acção, o corpo de delicto, *quod physice delictum probat*, é formula essencialissima do processo. (*Direito, LIV, 227 ; XLII, 382 e 518; XXIX, 89; XLIX, 457*).

A indole, portanto, do systema do projecto, que se approxima do mixto, contendo postulados do inquisitorial e do accusatorio, repelle a interpretação ou a doutrina oriunda, *a contrario sensu*, da alludida restrictiva, queem todo caso tira ao texto aquella clareza, a que alludia Bentham, de maneira que o pae de familia, com o texto das leis em mão, poderá ensinal-as sem interprete a seus filhos, e dar aos preceitos da moral particular a força e a dignidade da moral publica. »

Discutida a preliminar, entro propriamente em materia.

Em face das disposições combinadas do art. 66 do projecto, e 407 § 3.· do Cod. Penal, tem a autoridade judiciaria competencia para proceder *ex-officio* ao corpo de delicto fora do caso neste previsto ?

Em um estudo, que se vê no Direito vol. 42 pag. 167, opina-se pela negativa no direito então em vigor :

1· porque admittir-se o contrario seria restabelecero procedimento *ex-officio*.abolido, dos juizes formadores da culpa,sendo, o corpo de delicto como o acto official, a base da formação da culpa nos casos de denuncia, nos termos dos arts, 262 a 265 do Reg. n. 120, de 1842 ;

2.· porque, sendo o corpo de delicto funcção da auctoridade policial, e primeira deligencia dos inqueritos Dec. 4.824, de 1871, art. 42, não pode como tal ser ordenado pela auctoridade judiciaria.— Av. 120, de 30 de março de 1877.

Assim, porém, não têm entendido os commentadores e a lei mineira que dão como subsistente a disposição do cit. R. art. 256, visto como o corpo de delicto não é formação da culpa e a abolição do procedimento *ex-officio* com relação a esta não se entende com o que respeita áquelle.

A mim, porém, parece irrespondivel o dilemma implicitamente contido nos conceitos do parecer, applicavel á questão tambem na vigencia do art. 407 § 3.º cit.

Nomeados os peritos na conformidade do art. 68, tem o promotor da justiça e o accusado preso ou residente no districto da culpa o direito de assistir ao exame e recusar os peritos não idoneos, suspeitos ou impedidos?

Creio ser omisso o projecto, mesmo com os seus art. 170 e seguintes.

Segundo a legislação italiana, não será admittido como perito quem não pode ser ouvido como testemunha; donde resulta a exclusão dos mencionados nos arts. 286, 288 e 289 do Cod. do Processo Penal.

A lei, como se vê, parece dar ao perito o character de uma testemunha, o que por certo não é acceitavel, como mostram Bonnier—*Traité des preuves n. 111,* e *Mittermaier Trat. das Prov. cap. XXVII.*

Tampouco se os pode considerar como auxiliares do Tribunal, no sentido de Bonnier, antes como juiz arbitro, como quizeram os doutores outr'ora, parecendo mais consentanea com a natureza da prova *sui generis*, que fornecem, a doutrina de Carnignani, adoptado por Mittermaier, que nelles vê juizes de facto ao modo dos jurados, ao menos no sentido de que, quando os chama o juiz criminal, lhes apresenta uma questão de facto prejudicial, cuja solução scientifica lhe é necessaria para poder pronunciar-se sobre o principal.

No silencio guardado pelo projecto neste capitulo, não sei que disposições se devam applicar na especie, si as relativas ás testemunhas, ou aos jurados, ou aos juizes arbitros, ou aos auxiliares da justiça.

E' certo tambem que o projecto não ordena a audiencia das partes neste acto importantissimo do processo, como fez a legislação franceza—Cod. de Inst. Crim. art. 39. (*Ortolan cit. n. 2195*).

O art. 68 diz que em falta de peritos (refere-se aos profissionaes, quando o vocabulo tem significação mais ampla—M. Carvalho § 619), nomeará a auctoridade pessoas de reconhecido bom senso.

Pode-se dizer que será a regra geral, como o é actualmente, devido á falta de profissionaes pelo centro do Estado, e por isso de todos os cantos, aqui ou além, surgem as mais vehementes reclamações contra a inepcia dos corpos de delictos, onde a ignorancia decide diariamente as questões

mais trancendentes da medicina legal, em damno dos accusados e em prejuizo gravissimo da justiça social.

Na Allemanha junto a cada Tribunal, e na extensão da sua circumscripção, ha um medico pago pelo Estado, e que é chamado a dar o seu parecer sempre que se apresenta uma questão que entenda com a sua sciencia. Em cada provincia funcciona um collegio, ou pelo menos um relator medico (Referent), a quem são transmittidos os pareceres do medico official, quando não se acha o juiz sufficientemente edificado.

Emfim, ha na séde do Governo um *Collegio medico superior*, composto de homens mais notaveis na sciencia, e que, em ultima instancia, é chamado a dar o seu parecer, quando as difficuldades e as duvidas não poderem ser aplainadas.

Assim descreve Mittermaier a sabia instituição e accrescenta, que todos os dias mais se reconhece que na Allemanha a economia do exame por peritos é muito mais bem entendida do que em França, onde o principal inconveniente consiste na falta de um medico legista em cada districto, officialmente designado, e, portanto, munido dos conhecimentos especiaes necessarios.

Não é tempo de caminharmos no assumpto?

Reflictam os poderes do Estado... são vitalissimos os interesses em jogo; é preciso andar, custe embora sacrificios ao Estado; o elemento — finanças — disse um eminente estadista, na administração do grande ideal, que se chama justiça, não póde produzir sinão sinistros effeitos; na Inglaterra, berço da liberdade, fundadora das instituições mais liberaes, a finança é desconhecida na administração da justiça.

Póde, em frente á doutrina do projecto, ser perito o extrangeiro?

Ha quem affirme a negativa no direito vigente, reproduzido no projecto, e vê-se julgado pelo juiz da 1.ª, instancia no direito, LX, 488, sob o fundamento de que os peritos exercem funcções publicas, julgam sobre a materia que exige conhecimentos technicos, auxiliando o juizo final da auctoridade competente, não são simples testemunhas, antes são equiparados no art. 232 do Codigo Penal a empregados publicos, e refere em apoio o caso succedido em França em 1846, em que o Procurador do Estado recusou, sob tal fundamento, dar valor a um exame feito por perito inglez formado pela Faculdade de Pariz.

Semelhante decisão foi annullada pelo Tribunal Superior, e a Corte de Cassação em Aresto de 2 de março de 1827 considerou mui valida a nomeação de extrangeiros para peritos.

Briand e Chaudé, analyzando a recusa cit. do Procurador do Rei, assim se expressam: « il y a lá une erreur evidente: les rapports de l'expert ne sont que des documents

que les juges apprecient, e qu'ils peuvent admettre ou rejeter en tout ou en partie. La loi exige seulement de l'expert la capacité et le serment ; la capacité est prouvée par le diplome reçu en France ; le serment ne lie que la conscience et n'engage en rien la nationalité ». *(Medecine legale—Introd § 3 n. 2)*

O perito não é empregado publico, e a fé, que lhe dá a lei, origina-se da sua habilitação, e assim é licito inquirir com Mittermaier : o que significam barreiras entre os Estados em materia de artes e de sciencias ?

O projecto é tristemente silencioso sobre o compromisso ou o juramento que deve preceder ao exercicio das funcções do perito.

No emtanto, as nações mais adeantadas na civilização e no saber juridico, reputam-no essencial, por ser o penhor de fidelidade que dá o perito á sociedade nas funcções de que se vae encarregar, como expressam-se Arestos dos Tribunaes de França.

Assim, na Italia, os peritos devem prestar juramento antes de procederem ás operações, e a inobservancia dessa formalidade induz nullidade da inspecção.

Borsani e Casorati observam que a falta do juramento seria sanada quando a nullidade não fosse proposta nos 5 dias successivos ao interrogatorio do accusado nos termos do art 457 do Cod. do Proc. Pen. salva a livre apreciação pelos juizes do julgamento. (*Vol. 2, 366*).

Tão rigorosa é a legislação a respeito que, segundo a jurisprudencia corrente, a formula prescripta para o juramento nos arts. 298 e 299 do Cod. é reputada sacramental e deve, sob pena de nullidade, ser observada, transcripta no auto a formula ritual, não bastando a attestação de que foi prestado o juramento. (*Puglia cit. 2.ª edic. pag. 125 not. 1*)

Em França a lei presta ao juramento do perito a maior importancia, e esta formalidade deve ser preenchida, todas as vezes que se fizer preciso o exame, quer no curso da instrucção, quer nos debates. (Art. 44 do Cod. de I. Crim.).

Quando o exame é ordenado pelo jury, o juramento é uma formalidade substancial ; na instrucção, porém, a falta não induz nullidade de condemnação, desde que o accusado guardou silencio no tempo proprio.

Com relação á ritualidade, vigora a regra que as formulas legaes do juramento são tão inviolaveis como o proprio juramento, e uma destas formulas não pode ser arbitrariamente substituida por outra. (*Vide Merlin cit. v. serment., Briand e Chaude cit. Int. § 4.*)

E' sabido que o nosso direito vigente exige a formalidade do juramento previo pelo perito. Arts. 135 do Cod. do Proc. e 258 do Reg. n. 120 de 1842, etc.

Ha, é certo, alguma incoherencia no direito constituido sobre esta materia, e que reclama derogação delle, mas não a abrogação, como fez o projecto.

Os advogados e bachareis em direito estão isentos do juramento ou compromisso especial para o exercicio do encargo de curador ao réo menor, ou a lide, bastando aos intuitos da lei o compromisso de sua profissão.

Ratio, ubi est eadem, debet esse eadem juris dispositio : o que aconselha alteração a generalidade da disposição, de maneira que do perito profissional não seja exigido compromisso outro, além do que contrahiu perante a sociedade e a lei por occasião da investidura solemne do grau scientifico, e que domina necessariamente todos os actos publicos da sua vida.

Mas dahi á abrogação do projecto vae um abysmo, e é ella tanto mais injustificavel quando se considera que o art. 102 exige o juramento ou compromisso previo da parte da testemunha, e o exame perital não é mais do que um testemunho acerca de factos, para cujo conhecimento, como diz Pessina, se requer especial aptidão procedente da profissão, arte, officio ou outra disciplina. *(Diritto Penale vol. 3 § 341).*

E' preciso que os peritos procedam ao exame em presença da auctoridade ?

Ainda deve ser em regra geral, por isso que, como diz o criminalista, sendo larga a fé que a lei confere aos peritos, deve-se procurar remover com a presença do juiz a possibilidade da fraude.

Ha, porém, casos em que a presença da auctoridade torna-se impossivel, outros em que razões de moralidade e decencia tornam opportuna a retirada della, como mostra Mittermaier e o art. 156 do Cod. do Proc. Pen. Italiano.

A maior parte dos Cods. modernos faz uma applicação muito generica do principio. Vède o Cod. bavaro art. 235. O projecto hanoveriano diz com maior justiça : « Sempre que a lei não determinar expressamente a presença do juiz, deve elle decidir, segundo as circumstancias, si é ou não necessario que presida ao exame ».

Assim se expressa Mittermaier cit. not. 590, que muito orienta a reforma neste particular.

Si os dous peritos forem entre si discordes, hypothese de que não cogita expressamente o projecto, parece que se deve procurar a solução no largo arbitrio deixado á auctoridade na nomeação delles e determinar novos exames, si as circumstancias o exigirem.

Seria, porém, para desejar-se a adopção da providencia do art. 155 a lin. 3 do C. Italiano.

Em summa, ainda neste assumpto sou forçado a concluir que são as disposições do projecto, ora insufficientes para a solução das hypotheses possiveis, ora de doutrinas absolutamente insustentaveis.

DAS BUSCAS

ARTS. 75 a 85

Eu comprehendo o labyrintho de difficuldades, em que se viu perdido o illustrado auctor do projecto, para regular este instituto, ante as disposições do Codigo Penal, que nos outorgaram.

Onde pára a lei da União? Onde começa a lei do Estado?

E' o problema que logo se impõe.

My house is my kingdom, é maxima dos inglezes, e bem pode-se dizer com Pessina que a casa representa para a vida privada do individuo a mais essencial atmosphera da sua autonomia.

E' a cidadella do cidadão, escreveu douto criminalista: *tutissimum refugium atque receptaculum*, affirmava a sabedoria romana.

Esteé o pensamento que certamente guiou o espirito dos legisladores Constituintes na confecção dos arts. 3 § 11, da Constituição do Estado, e 72 § 11, da Constituição Federal, reproductivos do 179 § 7 da Constituição monarchica.

Mas na casa podem se esconder os traços de um crime, e occultar-se um criminoso, e, como uma das funcções mais essenciaes do poder publico, em nome da sociedade, é a prevenção e a repressão do crime, o respeito absoluto á inviolabilidade do domicilio levaria nestes casos ao sacrificio do interesse social, ao direito individual, o que seria illogico e contrario aos principios de justiça e utilidade social.

Por outro lado, o sacrificio do direito individual ao interesse collectivo seria por egual injusto e damnoso, donde o preceito da lei que as buscas só terão logar em virtude da lei e na forma por ella prescripta.

Por essa forma estabelece Puglia os termos da questão.

O moderno Cod. Penal da Italia pune no art. 158 a violação do domicilio commettida pelo official publico com abuso de suas funcções, deixando ás leis especiaes do Codigo do Processo Penal a determinação das condições, casos e formas de proceder as visitas domiciliarias para evitar os abusos; o que de facto faz a materia dos arts. 142 e seguintes deste.

O Cod. Francez de 1810 no art. 184, modificado pela lei de 28 de abril de 1832, segue identico systema, e os arts. 35 e seguinte do Cod. Inst. Criminal, a que se reportam os arts. 87 e seguintes, contêm as disposições de detalhe relativas aos casos, condições e formalidades das visitas domiciliarias.

Assim procedem tambem o Cod. Portuguez e outros.

O nosso Codigo de 1830, que nesta materia recebeu do commentador do Cod. Portuguez, o maior louvor, especifica os casos, condições e formas processuaes da entrada na casa alheia, velando com solicitude nos mesmos casos de excepção, de execução de mandados e de flagrante delicto, como

dizem Chauveaux e Helie—Theor do Cod. Pen., n. 1891, mas pelo motivo de ter sido publicado, quando não existia o Cod. do Processo, que só appareceu em 1832.

O Cod. actual, casuistico como sempre, e onde se não encontram aquellas bellas syntheses do legislador de 1830, desce até aos menores detalhes da execução, defeito já notado na exposição de motivos que precede o projecto do Cod. da commissão da Camara dos Deputados.

O projecto não guardou todas as formalidades da lei substantiva, tanto que esta auctoriza a assistencia do escrivão á diligencia, e pelo projecto ella só é executada por official de justiça ou agente policial; aquella exige como requisito essencial a intervenção de duas testemunhas — art. 200 § 2.· emquanto que o projecto só a exige sendo possivel, podendo se verificar em casos em que possa se effectuar sem aquella formalidade.

N'estas e outras hypotheses semelhantes, como deliberar? Vigora a lei da União? Prevalece a lei do Estado?

Força é confessar: eu não entendo a logica do projecto, pois, regulando o exercicio da acção penal, a fiança etc, materias puramente processuaes, apega-se ao Cod. Penal, porque este as reputou do dominio da lei substantiva, e no emtanto, regulando este instituto, que tambem é puramente processual, aparta-se do mesmo Cod. que no emtanto o reputou do dominio da lei substantiva.

E' illogico, sem duvida, o projecto, mas para mim a lei da União é profundamente inconstitucional, pois usurpa aos Estados a attribuição que lhes é peculiar, de legislarem sobre materia processual, que não a referente á justiça federal.

Em todas as legislações do processo, figuram as buscas no quadro dos actos componentes do organismo da instrucção da causa, seu primeiro momento, como destinadas, que são, á certeza dos crimes e á descoberta dos criminosos, restando á lei penal a repressão dos abusos dos funccionarios publicos.

Escriptores de nota, que Puglia chama — zelosos apostolos de uma liberdade mal entendida, sustentam que as visitas domiciliarias devem ser o complemento e não o ponto de partida da instrucção, e que só podem se fazer quando já existe um indiciado.

Esta limitação, porém, é contraria ao espirito da lei e ás necessidades da pratica judiciaria, porque as buscas são precisamente instituidas para o fim de chegar-se á constatação do delicto e aos meios com que foi perpetrado, e á descoberta do criminoso.

O projecto, estabelecendo o limite no tempo para o exercicio deste direito da auctoridade, diz que só de dia pódem os mandados ser executados, e isto porque ninguem póde entrar na casa alheia de noite sem consentimento do mora-

dor, a não ser para accudir a victimas de crimes e desastres nos termos da Constituição art. 3 § 11, do Codigo Penal arts. 196 e 197.

O que, porém, se deve entender por dia e noite?

A lei ingleza define a noite em termos muitos vagos: existe quando a aurora ou o crepusculo não permitte distinguir o rosto de um homem; *to discerns a man's face, though the sun be set, or not risen.*

E' conhecida a controversia existente no direito francez: pelo systema da Côrte de Cassação, a noite é o espaço comprehendido entre o occaso e o nascer do sol; pelo da de Bourguignon, a noite se regula pelos termos do art. 1037 do Codigo do Processo Civil; pelo de Carnot, a noite se considera como começando na hora em que os habitantes do logar estão no uso de entrarem na habitação para se entregarem ao repouso; finalmente ha o da côrte de Nimes, segundo o qual a noite começa immediatamente depois do crepusculo da tarde e acaba immediatamente depois do crespulo da manhã.

A nós parece acceitavel a definição de Chauveau e Helie— a noite começa quando o crepusculo expira, ella expira quando o crepusculo começa a renascer, pois que é mais conforme com o facto natural e accôrda-se a um tempo com a razão da lei.

Em todo o caso parece-me que o projecto não andaria mal, seguindo o systema do art. 142 do Codigo Italiano.

Em observação final, quizeramos que o projecto, a exemplo das legislações franceza e italiana, determinasse, quando possivel, a assistencia do accusado ás buscas, porque trata-se de restricção a um dos mais sagrados direitos dos cidadãos, e a importancia do acto, como diz Lucchini, reclama mais particularmente as solicitudes da lei e opportunas garantias rituaes.

DOS DOCUMENTOS

ARTS. 86 A 90

No assumpto da prova preconstituida, occorrem-me algumas observações, a primeira das quaes é referente á materia dos telegrammas.

E' conhecida a discussão que provocou no Institutoda Ordem dos Advogados Brazileiros a these sobre qual o valor juridico, de que é elle susceptivel, divergindo em extremo as opiniões.

Qualquer que seja o juizo que se forme sobre os pareceres emittidos, parece-me que, dado valor probante ao telegramma, devia o projecto conter disposições que assegurassem sua sinceridade ou authenticidade.

Não posso furtar-me ao desejo de transcrever alguns topicos do parecer que a respeito expendeu o illustre dr. Carlos de Carvalho.

Assim, diz elle, o telegramma, resultado de um meio especial de transmittir á distancia manifestação de vontade, ou declaração de consentimento expresso por escripto, deve ser equiparado a copia do documento original e fará prova nos termos dos arts. 153 e 154 do Reg. 737 de 1850.

Provada a identidade do expedidor ou authencidade do despacho, minuta ou recado, isto é, o escripto particular, cujo conteúdo foi transmittido e communicado pelo telegrapho, o telegramma constitue prova nos termos do art. 141 a 152 do Reg. n. 737 de 1850.

O despacho, minuta ou recado não assignado constitue começo de prova por escripto.

Não existindo mais nos archivos do Telegrapho o despacho, minuta ou recado, escripto e assignado, o telegramma por si é simples presumpção commum (Art. 187 e 188 do Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850).

Em vista da divergencia existente, parece que o projecto devia estabelecer disposições explicitas com relação ao valor juridico da prova por telegramma, ou expressa referencia á legislação civil.

Noto tambem a falta de disposição no projecto para o caso em que a certeza ou a averiguição de um delicto depende da prova da existencia de um contracto, de que a escriptura ora é da substancia, ora necessaria para a prova, a exemplo do Cod. Italiano art. 848, e bem assim das questões prejudiciaes, de que já me occupei.

Finalmente, não vejo no projecto disposição alguma que de leve se refira á materia do art. 280 do Cod. Penal, em virtude do qual não é permittido contra o co-réo adultero outras provas sinão o flagrante delicto e a resultante de documentos escriptos por elle.

O Cod. copiou desastradamente o Cod. Francez de 1810 art. 338, mas nem siquer recordou-se do absurdo e da contradicção, como expressa-se Pessina, em que a lei cahiu.

De facto, argumenta o citado auctor, alguns crêm que essa differença encontra sua justificação no principio do direito civil que veda as investigações sobre a paternidade, mas isto não justifica a differença de condições, porque a demonstração da união illicita não pode ter mais efficacia para demonstrar a paternidade, quando, pendente o matrimonio e não sendo pronunciada separação judicial dos conjuges, vigora a maxima: *pater est quem justæ nupciae demonstrant*, e de outro lado, si o marido pode dentro dos limites postos pela lei civil impugnar a legitimidade da prole provinda da mulher, nada virá demonstrar que essa prole provenha daquelle de cuja parte provou-se o vinculo do adulterio, nada excluindo a possibilidade de que um terceiro,

diverso do marido e do adultero descoberto,tenha tido uniões illicitas com a mulher e seja o pae effectivo daquella prole.

Pode dar-se o caso, continúa o citado escriptor, em que se prove o adulterio da mulher, sem saber-se quem seja o seu co-réo, mas não se pode por isso renunciar a todas as fontes de provas admittidas para os demais delictos, e declaral-as insufficientes para um só dos culpados. (*Diritto Penale cit liv. 2 § 156*).

E este *flagrante delicto* refere-se a surpresa da parte da auctoridade social,ou a de testemunhas occulares, como querem os juristas francezes ? (*Chauveau e Helie, cit. n.2909.)*

E de mais, é crime o adulterio ?

A Commissão Revisora do Cod. da Camara dos Deputados eliminou do seu projecto o capitulo relativo ao adulterio ou infidelidade conjugal, cuja sancção penal não parece nem seria, nem efficaz, nem moralizadora.

Funda-se para isso no direito inglez, no Cod. de Genebra de 1874 e no de New York de 1882, e nos criminalistas da escola classica Filanghieri, Pessina, Lucchini, Tissot, Brusa, de Foresta, Rosshirt, e nos da escola anthropologica, Berenini, Ferri, que negam todos o caracter criminoso do adulterio, preferindo como mais efficaz sancção o divorcio.

E' possivel, pois, que essa eliminação prevaleça: mas em todo o caso, como ainda vigora uma lei tão abaixo da civilização do paiz, que não precisava de mantas de mal cosidos retalhos, como se afigurou á dictadura militar, me parece que não é licito ao Estado abdicar em favor da União uma prerogativa constitucional, qual a de legislar sobre processo, e outra não é a materia do art. 280 citado.

Mais de espaço analysarei esse vezo do Cod. Militar, quero dizer Penal, em invadir a esphera, em que deve gyrar livre a lei adjectiva da competencia dos Estados, mas desde já e nesta materia levanto bem alto meu protesto contra elle e contra a fraqueza dos legisladores estaduaes, revelada na passividade de uma obediencia disciplinar e de primente.

Parta embora debaixo a reacção,mas haja sempre reacção.

DA CONFISSÃO

ARTS. 91 A 95

Para que a confissão seja reputada fonte ou elemento de prova, no sentir do projecto, faz-se necessaria e imprescindivel a sua legitimidade, que se opera pela intervenção conjuncta dos requisitos enunciados pelo art. 91.

Assim, além de conforme as circumstancias do facto, deve ser ella livre e expontanea ; o que quer dizer que estão proscriptos a tortura, o exame ou interrogatorio objectivo,

as suggestões, qualquer processo emfim que possa induzir directa ou indirectamente a coacção moral ou physica.

Ainda vae além o projecto : quiz evitar o erro ou o engano subjectivo do confitente, e, por isso, a quer emanada de pessoa intelligente, instruida e principal ; e mais o erro ou engano objectivo do juiz, e pois a exige judicial, expressa, fundada e verosimil, o que tudo emerge do contexto da secção.

Como se vê, o systema do projecto approxima-se dos direitos inglez e da America do Norte, mas fieis ao systema accusatorio, em contrario do francez e allemão, onde consoante ao processo inquisitorial, o magistrado dirige todos os seus exforços a conseguir a confissão.

Chego por essa fórma á conclusão, a que caminhava, a saber, que deante ás expressões, de que usa o projecto no cit. art. 91, que definem o systema adoptado, claro e precisamente, não se póde deixar de ter como redundancia excusado o preceito contido no art. 92 ; a expontaneidade e liberdade, que caracterizam a confissão, repellem qualquer expediente que tenda a obtel-a.

Redundante como o disposto no art. 91, o preceito do art. 92 é incomprehensivel em face do art. 252, onde traça o legislador o circulo, além do qual não póde ir a acção da auctoridade, a quem portanto fallecem meios de tentar obter confissão do réo.

Tocou ás raias da superstição o zelo do projecto pelo systema, sem duvida, verdadeiro, que adoptou.

DAS TESTEMUNHAS

ARTS. 96 A 112

Traçando as regras geraes sobre o exame das testemunhas, o projecto no art. 101 prescreve que serão inquiridas pelas partes, excepto na formação da culpa por crime em que seja admittida acção publica, caso em que o serão pelo juiz.

Sendo mui restrictos os casos, em que a acção é privativa do offendido, pode-se dizer que, no primeiro momento do processo ou na instrucção da causa, a norma geral é a inquirição pelo juiz.

Por essa fórma legislando, o projecto approximou-se do systema inquisitorial da legislação franceza, allemã, italiana e da Escossia, e a medo procurou imitar, nos casos restrictos de acção puramente privada, o systema accusatorio das legislações ingleza e da America do Norte.

Mas eu noto em primeiro logar uma grande incoherencia no projecto, resultado, eu o penso, de um falso presupposto juridico.

De facto, o illustrado auctor do projecto tomou para apoio da prescripta differença de condições a natureza dos interes-

ses em jogo; porque nos crimes de acção puramente privada predomina o interesse individual, á parte logicamente cabe a acção iniciadora e impellente do processo, e, por isso, que nos casos de acção official sobrepuje o interesse commum, ao juiz, orgam da lei social, cabe não menos logicamente a missão de colher as provas.

Não é esse, porém, o ponto de vista em que se collocaram aquellas legislações; ao envez, encaravam por egual o interesse repressivo e o interesse defensivo, a repressão do crime e a tutella da innocencia e por isso confiaram a direcção da tarefa instructoria a um magistrado, no presupposto, diz Lucchini, da sua imparcialidade, independencia e illuminada capacidade.

Mas si é esta a razão legislativa do juridico instituto, de modo algum póde ter efficacia de determinar diversidade de disposições, na fórma porque estatuiu o projecto, ferindo os canones da logica juridica.

Sobre incorrer em tamanho erro, quanto basta para que seja rejeitada, a doutrina consignada no projecto não consulta por egual os interesses fundamentaes do processo criminal, e, portanto, não se conforma com o systema deste mais racional.

Já o disse, mas não é demais repetir, que a repressão dos criminosos e a tutella dos honestos, tendo por compendio e synthese a descoberta da verdade judicial, formam o intento e a finalidade do processo que a ambos os interesses deve prover com a maior possivel egualdade.

O predominio do segundo teria como consequencia a impunidade, a negação pratica do direito de punir para a reintegração da ordem juridica, que a obra delictuosa perturba, mas não é menos nociva a prevalencia do primeiro: seria o cumulo da anti-socialidade e da incivilidade converter, como diz Lucchini, em instrumentos de insidia e de perseguição dos cidadãos probos e observadores das leis, aquellas armas mesmas que são instituidas para ferir aquelles que as não observam e transgridem.

Todo o mechanismo do processo, pois, o rito, a instrucção, o debate, devem ser postos a serviço de ambos os interesses, o que necessariamente ineduz plena egualdade de direitos, entre as partes, que os representam.

A instrucção, por essa forma comprehendida, conclúo com o auctor citado, não pode ser, segundo um systema racional de processo, sinão substancialmente obra das partes, guiada pelo seu respectivo interesse, e confiada ao seu zelo.

A ellas, pois, compete, na instrucção, como no julgamento, o inquerito das testemunhas por crime de qualquer natureza, pouco importando que seja de acção publica, ou de acção puramente privada, segundo o comprehendem as legislações que se inspiraram no systema de accusação.

Assim, na Inglaterra, o juiz não ouve por si as testemunhas, mas assiste a seu inquerito pelo accusador e pelo accusado, ou seus representantes; salvo o caso de não comparecer o advogado da accusação, ou quando são equivocas ou se afastam inteiramente da questão as respostas das testemunhas.

O juiz cita unicamente as testemunhas indicadas pelo accusado ou pela policia, si não comparecem e é preciso o seu depoimento, mas ao accusado compete o direito de ser assistido por defensor e exhibir suas testemunhas, que devem ser ouvidas, lamentando os praticos que não esteja sufficientemente tutellada a defesa do pobre, que não as pode citar e produzir.

As testemunhas são ouvidas em presença do accusado e quando não é conhecido dá-se o inquerito á revelia, mas, logo que comparece ou é preso, dá-se a leitura do depoimento perante elle, e em toda causa compete ou lhe é facultado o direito do *cross—examination*. (*Vid Mittermaier —Proc. Criminel citado* § *5 n. 2* § *10 n. 3 e add. n. 8*, § *13 n. 3*)

O direito americano garante ao accusado a faculdade de contra exame e o direito de exigir que as testemunhas de defesa, por elle offerecidas, sejam ouvidas na instrucção preliminar. (*Vid aut cit* § *12 n. 8.*)

Ninguem melhor do que as proprias partes está nas condições de colher os elementos de provas que suffraguem-lhes os assumptos; á accusação, a instrucção offensiva, temperada, como ensina Lucchini, pela intervenção judicial sempre que se trata de operações conservadoras ou coercitivas e simelhantes; á defesa, com egualdade de attribuições instructorias, o poder de prover com egual efficacia á tutela da innocencia e da liberdade.

Mittermaier affirma a unanimidade de opiniões dos praticos sobre as vantagens do systema inglez, com as quaes se ganha poder abandonar de principio muitas diligencias criminaes infundadas, despronunciar o accusado ou julgal-o summariamente, segundo as circumstancias occurrentes, sendo que a intervenção da defesa é de utilidade nos contra interrogatorios, desperta a attenção do juiz para os pontos importantes do direito, obsta actos de illegalidade e arreda toda a difficuldade á leitura no debate dos depoimentos de testemunhas ausentes e que foram ouvidas na instrucção. (*Obr. cit* § *13 n. 3*).

E Lucchini attesta que os resultados praticos do systema opposto não podem ser mais miserandos e deploraveis, tal

ses em jogo; porque nos crimes de acção puramente privada predomina o interesse individual, á parte logicamente cabe a acção iniciadora e impellente do processo, e, por isso, que nos casos de acção official sobrepuje o interesse commum, ao juiz, orgam da lei social, cabe não menos logicamente a missão de colher as provas.

Não é esse, porém, o ponto de vista em que se collocaram aquellas legislações; ao envez, encaravam por egual o interesse repressivo e o interesse defensivo, a repressão do crime e a tutella da innocencia e por isso confiaram a direcção da tarefa instructoria a um magistrado, no presupposto, diz Lucchini, da sua imparcialidade, independencia e illuminada capacidade.

Mas si é esta a razão legislativa do juridico instituto, de modo algum póde ter efficacia de determinar diversidade de disposições, na fórma porque estatuiu o projecto, ferindo os canones da logica juridica.

Sobre incorrer em tamanho erro, quanto basta para que seja rejeitada, a doutrina consignada no projecto não consulta por egual os interesses fundamentaes do processo criminal, e, portanto, não se conforma com o systema deste mais racional.

Já o disse, mas não é demais repetir, que a repressão dos criminosos e a tutella dos honestos, tendo por compendio e synthese a descoberta da verdade judicial, formam o intento e a finalidade do processo que a ambos os interesses deve prover com a maior possivel egualdade.

O predominio do segundo teria como consequencia a impunidade, a negação pratica do direito de punir para a reintegração da ordem juridica, que a obra delictuosa perturba, mas não é menos nociva a prevalencia do primeiro: seria o cumulo da anti-socialidade e da incivilidade converter, como diz Lucchini, em instrumentos de insidia e de perseguição dos cidadãos probos e observadores das leis, aquellas armas mesmas que são instituidas para ferir aquelles que as não observam e transgridem.

Todo o mechanismo do processo, pois, o rito, a instrucção, o debate, devem ser postos a serviço de ambos os interesses, o que necessariamente ineduz plena egualdade de direitos, entre as partes, que os representam.

A instrucção, por essa forma comprehendida, conclúo com o auctor citado, não pode ser, segundo um systema racional de processo, sinão substancialmente obra das partes, guiada pelo seu respectivo interesse, e confiada ao seu zelo.

A ellas, pois, compete, na instrucção, como no julgamento, o inquerito das testemunhas por crime de qualquer natureza, pouco importando que seja de acção publica, ou de acção puramente privada, segundo o comprehendem as legislações que se inspiraram no systema de accusação.

Assim, na Inglaterra, o juiz não ouve por si as testemunhas, mas assiste a seu inquerito pelo accusador e pelo accusado, ou seus representantes; salvo o caso de não comparecer o advogado da accusação, ou quando são equivocas ou se afastam inteiramente da questão as respostas das testemunhas.

O juiz cita unicamente as testemunhas indicadas pelo accusado ou pela policia, si não comparecem e é preciso o seu depoimento, mas ao accusado compete o direito de ser assistido por defensor e exhibir suas testemunhas, que devem ser ouvidas, lamentando os praticos que não esteja sufficientemente tutellada a defesa do pobre, que não as pode citar e produzir.

As testemunhas são ouvidas em presença do accusado e quando não é conhecido dá-se o inquerito á revelia, mas, logo que comparece ou é preso, dá-se a leitura do depoimento perante elle, e em toda causa compete ou lhe é facultado o direito do *cross—examination*. (*Vid Mittermaier —Proc. Criminel citado* § *5 n. 2* § *10 n. 3 e add. n. 8*, § *13 n. 3*)

O direito americano garante ao accusado a faculdade de contra exame e o direito de exigir que as testemunhas de defesa, por elle offerecidas, sejam ouvidas na instrucção preliminar. (*Vid aut cit* § *12 n. 8.*)

Ninguem melhor do que as proprias partes está nas condições de colher os elementos de provas que suffraguem-lhes os assumptos; á accusação, a instrucção offensiva, temperada, como ensina Lucchini, pela intervenção judicial sempre que se trata de operações conservadoras ou coercitivas e simelhantes; á defesa, com egualdade de attribuições instructorias, o poder de prover com egual efficacia á tutela da innocencia e da liberdade.

Mittermaier affirma a unanimidade de opiniões dos praticos sobre as vantagens do systema inglez, com as quaes se ganha poder abandonar de principio muitas diligencias criminaes infundadas, despronunciar o accusado ou julgal-o summariamente, segundo as circumstancias occurrentes, sendo que a intervenção da defesa é de utilidade nos contra interrogatorios, desperta a attenção do juiz para os pontos importantes do direito, obsta actos de illegalidade e arreda toda a difficuldade á leitura no debate dos depoimentos de testemunhas ausentes e que foram ouvidas na instrucção. (*Obr. cit* § *13 n. 3*).

E Lucchini attesta que os resultados praticos do systema opposto não podem ser mais miserandos e deploraveis, tal

e tanta é a mole dos insuccessos processuaes, que oscillam entre metade e dous terços dos processos, não crê na supposta imparcialidade do juiz, julgando os resultados da propria obra, e vivendo em estreito contacto com a auctoridade politica e o ministerio publico, sem contar os perigos, por vezes irreparaveis, a que são expostos a liberdade dos cidadãos e os direitos dos honestos nesse periodo inicial do processo, no qual se põem os fundamentos do edificio, que nenhum esforço poderá mais abalar, *maxime* onde se trate de constatações irremediaveis e de actos que se não podem renovar. (*Obr. cit. n. 220*).

Attendendo, pois, o systema do projecto a um só dos interesses processuaes, a que dá predominancia, parece-me com os citados processualistas não estar nos casos de ser consagrado no texto positivo de uma legislação, que vem ser necessariamente liberal, como liberaes são as instituições politicas, a cuja indole deve amoldar-se.

A materia do art. 106 suscita-me diversas observações que adiante exporei, mas desde já á declaro que ella attenta formalmente contra o principio da orabilidade, um dos requisitos fundamentaes do debate.

Finalmente, creio que era necessaria nesta secção disposição semelhante á que se encontra nos art. 173 e 304 do Cod. Italiano, e, bem assim que ao lado do preceito do art, 98 cogitasse o projecto de uma medida protectora da testemunha pobre.

Pois que ! Que legislação barbara e cruel é esta que impõe penas severas ás testemunhas faltosas, sem se recordar de que as mais das vezes são homens pauperrimos, sem vir-lhes em soccorro ? !

Eu figuro um exemplo : forma-se um processo em Paracatú por crime realizado no extremo do districto do Formoso, onde residem as testemunhas, de cujo salario diario alimenta-se a si e á familia. Pergunto : que auctoridade haverá por ahi que não sinta immenso constrangimento moral para determinar, sob penas severas, a citação destes homens para deporem perante o tribunal do jury, á distancia de 100 leguas, atravez do deserto, por caminhos intransitaveis, sabendo que a lei nega-lhes até o preciso para o pão quotidiano? !

E si estas testemunhas faltarem, não tremerá sua penna ao subscrever um mandado de prisão ?...

Não ; é mister que imitemos francamente a legislação allemã, que é a mais providente a respeito.

A's testemunhas e peritos citados em justiça abona a lei certas taxas, cujo montante é fixado pela tarifa em vigor, junto ao tribunal, perante que são citados.

Si a tarifa do logar da residencia das pessoas citadas é mais elevada, a applicação desta tarifa pode ser exigida.

Tal o preceito do art. 166 do Cod. de organização judiciaria, e o seu commentador Dubarle, em nota, affirma que o dito artigo dá implicitamente á testemunha que se achasse nos casos previstos e não recebesse os adiantamentos o direito de falhar sem incorrer em penalidade alguma.

É esta é a disposição que deve ser transplantada para o nosso direito.

DAS PRESUMPÇÕES

ART. 113

A formação e a producção das provas constituem o objecto e o escopo principal de todo o processo, disse Mattirolo cit. n. 287, e Bentham, laborando nas mesmas idéas, affirma que a arte do processo não é outra cousa sinão a arte de administrar as provas.

Mal se comprehende, portanto, como pode a materia do art. 67 do Cod. Penal figurar no quadro das leis de fundo e, peior ainda, quando o proprio legislador é quem estabelece a negação da sua doutrina no trecho concernente á cumplicidade *post factum*, como se vê no paragrapho 3 do art. 21 *verb... devendo sabel-o* etc.

Recordo-me, a proposito, da critica severa de Bonnier na Introducção do seu tratado das provas ao Cod. Civil Francez, que segue este systema.

Elle observa que as leis positivas foram mui felizmente divididas por Bentham em substantivas e adjectivas, segundo affirmam os principios fundamentaes dos direitos, ou governam os meios com que os mesmos direitos se traduzem na pratica e se fazem valer em juizo; que o Cod. Civ. devia ser uma collecção de leis unicamente substantivas, que as leis que governam as provas são adjectivas, porque o direito existe independente de sua prova, que si o legislador francez tratou, em grande parte, do direito probatorio no Cod. Civ. o fez por ter seguido cegamente Pothier, que, tratando especialmentedas obrigações, entendeu examinar no fim de seu trabalho a maneira porque se as constatam, tanto assim que no direito penal, em que não estava o legislador vinculado por precedente algum, adoptou um methodo mais racional ; no Cod. Pen. foram enumerados tão sómente os crimes e penas relativas; e tudo quanto se refere ás provas e ao processo judiciario foi regulado pelo Cod. de Inst. Crim.

Estes conceitos são bastantes para fulminarem o art. 67 cit. do Cod. que, copiando o 36 do Cod. de 1830, não se apercebeu das censuras que soffreu este.

Assim o sr. Thomaz Alves julga deslocada a disposição por versar sobre materia puramente processual, e neste mesmo terreno de todo erroneo, por ser accusatorio o systema do

nosso processo, e procura attenuar a culpa do Cod. dizendo que escreveu sob a influencia do processo inquisitorial e era natural que procurasse manifestar seu pensamento acerca do passado, proscrevendo principios inacceitaveis.

O sr. Dias de Toledo procurou justificar o Cod. mas é contradictorio e como sempre revelou-se espirito pouco illuminado, pois ao mesmo tempo que affirma que a materia do art. 36 é de direito substantivo, porque refere-se ás penas, sua execução e imposição, affirma tambem que é do dominio do direito adjectivo, pois o *Cod. não queria que o processo continuasse como antigamente, accrescendo que o Cod. do Proc. appareceu posteriormente ao Crim.* (*Licções sob art. C. Crim. art. 36*).

O finado dr. Cunha Azevedo pensava que esta disposição servia antes para prevenir os perigos de uma investigação ligeira irreflectida, do que para prescrever aos juizes uma regra pratica distinctamente applicavel.

A Commissão revisora do Cod. eliminou semelhante disposição do seu projecto, passando para o seu logar proprio, que é no Cod. do Proc. da competencia dos Estados.

O que é certo é que ha completa antinomia entre o proecto, para quem a presumpção prova a culpa, estando provado o crime, e o Cod. Penal, para quem a presumpção por mais vehemente que seja não dará motivo para imposição de pena.

Como deliberar o juiz executor em especie, provado o crime e verificada a presumpção nos termos do projecto?

Eu creio no erro da doutrina do Cod., porque o indicio ou presumpção gera a certeza moral ou racional, que não tem menos efficacia do que a historica e physica, do mesmo modo porque não acredito erronea e exorbitante a do projecto, pois com relação ao juiz singular ella é necessaria, porque elle não tem consciencia outra que não a legal, que se forma dos elementos probatorios preordenados pela lei, e com referencia aos juizes populares não é descabida, pois, si bem guie-se pelo livre convencimento, não quer esta liberdade dizer uma avaliação de provas arbitraria e independente de toda a disciplina, o que seria o julgamento *ex informata consciencia* dos antigos processos.

Não obstante, persiste a difficuldade, porquanto, reputada como de facto, a materia como de puro direito substantivo, uno e da competencia da União, fallece aos Estados competencia para sobre ella estatuirem. Como, pois, agir o juiz singular, ou mesmo o popular?

DA SENTENÇA

Artigos 114 a 117

Discutindo-se em 1876 o Cod. allemão de Organização Judiciaria, o Ministro da Justiça da Prussia, dr. Seonhardt, refe-

rindo-se ao jury, proferiu diante do parlamento esta memoranda sentença: é uma instituição que pende para o declinio da sua vida, emquanto na aurora apparecem os *Echevins*.

Produziu-se de facto, affirma Dubarle, accentuado movimento, em uma parte do mundo judiciario allemão, contra o jury, e a luta feriu-se entre o escabino (*Echevin*) e o jurado, e uma das razões insistentemente invocadas foi a não motivação dos veredictos.

A este respeito escreveu o dr. Schwarze e publicou o Ministerio de Justiça Prussiano: quantos erros, quantas fraquezas, quantas recusas de responsabilidade se dissimulam sob a ausencia de motivos! Não motivada, a decisão é muitas vezes inintelligivel, e em caso de absolvição a opinião publica não pode penetrar o movel que a ditou; é o facto que não está estabelecido, é a identidade do culpado que fica incerta; é a culpabilidade que não está provada? Meras suppposições, e a justiça não comprehendida perde sua auctoridade.

Do mesmo modo que na Allemanha, é o jury na Italia alvo de vigorosos ataques, com especialidade por parte dos representantes da moderna escola positiva, e as que reconhecem a impossibilidade actual da sua abolição, vigorando a crença de que representa elle a consciencia do paiz, propõem reformas radicaes, entre as quaes a motivação dos veredictos.

A motivação, escreveu Pisanelli, é a um tempo subsidio e freio para o julgador, fiador ao publico da rectidão dos juizes, fundamento de um dos mais importantes institutos dos tempos modernos, a Cassação, meio pelo qual a sciencia das leis se insinúa na vida, vinculo, que ligando o sentido das multidões com o dos espiritos eleitos, a ambos tempera e corrige, causa por vezes a resignação e arrependimento do réo.

Cada homem, disse Manduca cit., legislador, juiz, ou cidadão privado, deve saber porque age, porque condemna, e, si o sabe, deve dizel-o.

Si não, conclue Saredo, desce ao nivel do bruto, que obra sem a consciencia dos proprios actos.

Em nosso paiz já começa a propaganda para a adopção desta reforma nos julgamentos pelo jury.

O auctor da « Nova Eschola », reconhecendo a impossibilidade da suppressão do jury pela resistencia da opinião do paiz, quer que sejam fundamentadas as sentenças, não allega considerações a respeito dignas de menção, porque apartou-se um pouco do seu programma de mero reproductor.

Não obstante, porém, todo o esforço empregado por esses e outros eminentes processualistas europeus, apesar do prestigio scientifico e official do ministro prussiano, na Allemanha e em todas as nações do velho continente, as legislações estão de accôrdo em excluir a motivação dos julgamentos pelo jury.

A doutrina do projecto, pois, tem por si a licção da experiencia accumulada de seculos em as nações illuminadas, e os resultados praticos colhidos da nossa cautelosa legislação de processo de modo algum aconselham a adopção da motivação dos veredictos.

E é justo que assim seja, ensina Lucchini, porquanto, si para o magistrado jurista a fundamentação da sentença é garantia de reflexão, de meditação e rectidão, para o magistrado popular seria coarctação de juizo e meio artificioso de impedir livre manifestação do intimo convencimento entre pessoas diversamente educadas e instruidas.

Seria mesmo difficil no estado de atrazo da instrucção no Estado e com as condições de idoneidade exigidas pela lei para figurar o cidadão no quadro dos juizes de facto, encontrar oito jurados capazes de fundamentar um veredicto, formado aliás pelas impressões do debate.

E a lei deve se amoldar ás condições do paiz, e já Savigny o disse : o direito não é o producto das leis ou estas não são a expressão do arbitrio livre do legislador, mas sim de um direito preexistente na consciencia do povo que, como a lingua, os usos e a constituição politica, tem caracter individual.

DAS CUSTAS

ARTS. 118 A 124

Tenho duvidas sobre a execução de algumas disposições do projecto nesta materia, e outras se me afiguram de rigor excessivo e injusto.

Assim, num processo de *habeas-corpus* requerido pelo paciente, sendo este solto e não se verificando a má fé da auctoridade que ordenou a prisão illegal, quem o responsavel pelas custas !

O paciente ? Não, porque é parte vencedora, sua petição teve deferimento, foi reconhecido victima de uma illegalidade, e o art. 118 lança em conta da parte vencida o pagamento das custas.

Nem mesmo racionalmente se póde comprehender a condemnação em despesas da parte, paciente de um crime, (pois tal o é o ataque, e violação da sua liberdade) e á qual o proprio projecto garante o direito de justa indemnização — art. 10 — e o nosso direito garante, mais zeloso da liberdade, a das custas contadas em tresdobro. Lei n. 2033, de 1871, art. 18 § 6.

O Estado ? Não, porque não foi parte o ministerio publico, para que, decahido este, fossem os cofres publicos responsaveis pelas custas nos termos do art. 119.

Mas a justiça criminal, diz Garraud cit. n. 563, é uma divida da sociedade para com seus membros, e neste sentido deve o poder social dar a cada um destes juizes e se encarregar de pagal-os.

Na hypothese, faltou a sociedade, representada no poder publico, a essa divida sagrada pela violação da liberdade do cidadão, confiada á sua guarda e protecção, e portanto a ella e não á victima cabem os onus, encargos e consequencias do proprio acto.

Francamente, eu não comprehendo a justiça do projecto.

O Estado, diz Bluntschli, é a encarnação e a personificação do poder da nação ; ao lado de seu fim principal e directo, que se refere a este, agrupam-se deveres indirectos relativos aos interesses privados das pessoas, dentre os quaes avulta a liberdade privada.

O Estado deve protegel-a contra todo o ataque iniusto ; é-lhe interdicto opprimil-a.

Si assim é, violada, como foi, a liberdade do cidadão pelo poder da nação, desviado o Estado de seu fim e objecto pela acção illegal do depositario de parcella da soberania social, não se compadece com a ordem natural das cousas e os principios de justiça que outrem, que não o proprio Estado, acarrete com os onus da violação do proprio dever.

Deixará de haver condemnação em custas ?

Tambem não, porque ha sempre uma parte vencida, a cujo cargo ficam nos termos do art. 118, e nem motivo plausivel encontro para privar-se a funccionarios innocentes,como o escrivão,da indemnização do seu trabalho honrado.

O art. 122 diz que nos processos que forem annullados pagará as custas o funccionario que houver occasionado a nullidade.

Noto sensivel differença de condições, verificadas as hypotheses dos arts. 121 e 122; para a condemnação de custas alli exige-se como extremo essencial a verificação da má fé, neste faz-se completa abstracção de todo o elemento moral subjectivo do agente.

Qual o fundamento de tamanho rigor, quando em uma e outra hypothese são eguaes os interesses sociaes em jogo ?

Tanto attenta contra os interesses fundamentaes do processo a auctoridade que ordena um constrangimento illegal do cidadão, como a que occasiona a nullidade de um processo, podendo mesmo dar-se o caso, segundo as mil circumstancias das especies, de ter aquelle acto as mais graves consequencias para a sociedade e o individuo, do que este, consagrando dest'arte a diversidade de disposições do projecto injustiça a mais notoria.

E, depois, parece injustificada crueldade condemnar-se em custas a um funccionario leigo, sem a necessaria instrucção, mas de rectas intenções, só porque, em caso sujeito talvez a mais de uma interpretação,deu causa á nullidade de um feito.

E o que se verifica com o leigo póde dar-se com o proprio juiz togado, o mais recto, o mais puro, o mais illustrado.

Porquanto, o projecto usa da expressão — processos —,em cuja generalidade, sem duvida, se comprehendem os julgamentos pelo jury e pelo tribunal correccional, termos em que, sempre que fosse annullado um julgamento pelo Tribunal da Relação ou pelo juiz de direito, devia ser o juiz presidente condemnado nas custas.

Mas então as disposições do projecto tomam as proporções de uma monstruosidade juridica, pois, não raro, v. g. na formulação dos quesitos, se joga com questões de direito intrincadissimas, em que dous mestres na sciencia se não combinam, e uma condemnação em custas, nesta e outras hypotheses semelhantes, daria logar a justas maldições á lei.

Não seria deveras cruel condemnar o actual Tribunal da Relação em custas a um juiz de direito que formulasse os quesitos de legitima defesa da maneira, por ella aliás rejeitada, ensinada pelo illustrado auctor do projecto ?

Neste ponto o Cod. Penal, feito por generaes, é mais benevolente para com o funccionario publico do que o projecto, pois embora descreva a hypothese como uma das figuras delictuosas da falta da exacção no cumprimento de dever — art. 211 § 2 — todavia não póde se verificar a applicação da pena sem a occurrencia da força moral subjectiva do delicto, nos termos do art. 24.

Finalmente, creio firmemente que esta disposição não terá execução, como não tiveram as leis anteriores, e, neste ponto, faço minhas as palavras do proprio auctor do projecto commentando o art. 45 da lei n. 17, de 1891 : contem este artigo, em parte, disposições da Ordenação, que estavam reduzidas a *lettras mortas* pagando as partes as custas dos processos annullados, qualquer que fosse a causa da nullidade, que muitas vezes provinha de erro dos juizes e de outros funccionarios judiciaes ; assim não tenha elle o mesmo destino.

Preferivel é o systema de art. 475 do Cod. Francez, como se vê em Merlin, Rep. v Nullité — § 50.

DA PRISÃO EM FLAGRANTE

ARTS. 125 A 129.

Duas são as hypotheses em que, segundo o art. 125 do projecto, reproduzindo o direito vigente, pode verificar-se a flagrancia na prisão do réo.

A primeira consiste na sorpresa do réo no momento preciso em que commette o crime.

O delicto revela-se em plena evidencia, em certeza completa no momento da consummação e execução,está em fogo, em chamma, diz Ortolan ; *qui in faciendo deprehensus est*, é a sentença de Paulo.

A segunda realiza-se quando o crime interrompeu-se ou acabou de commetter-se, sendo o réo ainda acompanhado pelo clamor publico, em acto successivo ou continuado, é a *quiritatio* dos romanos—*adeste! quirites ! adeste ! commilitones !*

Desta ligeira exposição se vê que o facto de ser o delinquente sorprehendido conduzindo effeitos, armas, instrumentos ou papeis, fazendo presumir que elle é auctor ou cumplice, haja embora a confissão, não se reputa a flagrancia, nos termos do projecto,como não o é no direito vigente, segundo a jurisprudencia corrente dos tribunaes. (*Direito IX 721, XIII, 789 ; X, 819*).

Os romanos nos offerecem disposições relativas a este caso de flagrante, como os referentes ao furto manifesto, punido com penas capitaes pela lei das Doze Taboas, e finalmente com a pena do quadruplo pelo Pretor.

Nas Institutas de Gaio e nas sentenças de Paulo vemos quatro opiniões, dando maior ou menor extensão ao furto manifesto.

Segundo uns, para que se desse o furto manifesto, era mister que o ladrão fosse sorprehendido no proprio facto ; segundo outros, bastava a sorpreza ainda no logar do furto; segundo uma terceira opinião, em um logar qualquer, mas de posse da cousa, dirigindo-se para o logar a que a queria transportar ; emfim, segundo uma quarta, em qualquer tempo e logar, si foi encontrado tendo ainda em mão a cousa furtada.

A terceira opinião era a mais seguida e confirmada pelas Inst. de Justiniano. (*Vide Ortolan—Inst. de Justin—liv. 4tit. 1*).

No direito francez vemos este caso assimilado ao flagrante delicto, exigindo o art. 41 do Cod. de Inst. Crim. como conceito fundamental referente ao tempo, que este fosse *visinho* ao delicto, ficando á apreciação do magistrado julgar pelas circumstancias, pela natureza do delicto commettido recentemen te, si todo esse conjuncto apresenta a forte presumpção e o caracter de urgencia que se fazem necessarios em todos os casos para constituir-se a quasi flagrancia, segundo re sultou das discussões no C. de Estado. (*Ortolan — Dir. Pen . n. 776 e 777.*)

Disposição semelhante contem o art. 47 do Cod. di Proc. Pen. da Italia, sendo que, no pensar do commentador, não póde o tempo ser determinado com o chronometro, e é mi;s ter deixar-se ao juiz a liberdade de apreciação.—(*F. Puglia-P. Pen. disp. gen.* § 9.· *1.ª parte.)*

Na Inglaterra, cuja imitação nos educou na escola da liberdade, a lei, consagrando o regimen de amplas garantias, é severa em materia de prisão de criminosos, e segundo ella todo o particular ou official de policia tem direito de pren-

der o ladrão ou roubador sorprehendido em posse do objecto que acaba de subtrahir. *(Mittermaier—P. Crim. cit.* § *10 n. 2)*.

Observae, diz o criminalista francez, em caso de flagrante delicto os factos que se apresentam, ahi vereis direito de defesa, direito de soccôrro, indignação, irritação apaixonada contra o culpado, certeza da culpabilidade, escandalo maior, e emoção popular entre aquelles que os testemunham.

O flagrante suppõe o delicto e dá a certeza sobre a pessôa do culpado.

E' firmada nesta presupposição scientifica que a nossa legislação faz da prisão do criminoso em flagrante delicto um dever para o official de justiça e uma faculdade para o cidadão (o projecto faz sempre facultativo), consignando a um tempo as garantias necessarias á liberdade, prescrevendo as formalidades a executar-se após ella, reputadas de natureza essencial pelos tribunaes do paiz.

Na hypothese que nos preoccupa, si não temos a certeza completa do flagrante verdadeiro, temos uma fortissima presumpção, cuja força probante terá maior ou menor intensidade, no dizer do Ortolan, segundo a maior ou menor proximidade pelo tempo e pelo logar do acto que se executou.

Não attende, portanto, o projecto com a devida solicitude ao interesse repressivo do processo, mas sem o direito de segurança que o Estado exerce, já o disse sabio estadista europeo, a vida social é uma ironia pungente.

O art. 128 contem materia inconstitucional, como ainda mostrarei em logar proprio.

DA PRISÃO PREVENTIVA

ARTIGOS 130 A 133

Injustificavel no terreno juridico, anti-patriotica na sua face politica, esta secção do projecto ; emquanto mantem o actual direito que aboliu, em materia de prisão, uma das conquistas mais preciosas da liberdade individual.

A lei 2.033 concebida em moldes liberaes havia cercado a liberdade do cidadão brazileiro de uma muralha de garantias, que não era facil ao arbitrio e á prepotencia escalar e romper, derrubando o edificio do velho direito, como incompativel com os progressos da sciencia e com a propria indole das instituições politicas de então.

Assim, por longos annos, e sem que as estatisticas accusassem augmento de criminalidade, viveu o cidadão brazileiro sob a promessa, na realidade consoladora, de que a sua liberdade não soffreria attentados com prisões preventivas, sinão se verificasse a existencia de indicios vehementes de

culpabilidade por meio de confissão, declaração de duas testemunhas, que jurassem de sciencia propria ou prova documental.

E' conhecida a grave discussão, que corre entre os sustentadores e os abolicionistas da prisão preventiva.

Aquelles vêm na prisão preventiva uma quasi antecipação de penas com base no principio inquisitorio que no réo se presume o culpado. A isto respondem Carrara, Lucchini, Ayrault, etc., que é contradizer-se absolutamente aos intentos essenciaes do processo ; que os principios da sciencia impõem a abolição desta providencia, por ser propria do processo inquisitorio que não tem razão de ser nestes tempos de civilização e que os principios de justiça não permittem que soffra um cidadão uma pena, quando nada se sabe ao certo sobre sua culpabilidade ou innocencia.

Aquelles justificam-na ainda pela necessidade de impedir que o réo perturbe o normal desenvolvimento do processo instructorio, seja fazendo desapparecer os traços do delicto, seja com o subornar as testemunhas, seja com o fazer desviar as investigações do magistrado instructor.

A este argumento responde Lucchini—*Il carcere preventivo*, que é pouco fundado, porque a experiencia e a estatistica demonstram não serem mais felizes os processos de réos presos do que os de réos soltos, e Ayrault, citado por Ortolan, observa que não ha prisão que possa impedir ao accusado de lançar mão de tudo que puder, afim de inutilizar as provas, por servidores, por solicitadores, por amigos.

Or, exclama elle, *qui voudrait oter cette faculté et puissance aux parentes, aux amis, procureurs et soliciteurs, de s'entremettre là ou le sang, la nature et le devoir les convie ? Ce serait tyrannie et cruauté manifeste.*

Invoca-se ainda perigo de novos crimes por parte do réo e das represalias da parte dos offendidos e de suas familias

Lucchini diz que este argumento só pode ser acceito com muitas reservas, porque a estatistica attesta que o maior incremento da reincidencia não está nos mais graves delictos, e que as vinganças dos offendidos dão-se não obstante a prisão dos indiciados.

Diz-se ainda que é sempre util, para a marcha do processo da instrucção, que tenha o juiz o réo á sua disposição. A isso responde Ortolan : é substituir a idéa de necessidade pelas de utilidade e commodidade ; vale isso o sacrificio do direito de liberdade individual ?

Como quer que seja, o que é certo é que supremas necessidades da ordem social reclamam a prisão preventiva, ou seja pelo motivo unico, como quer Ortolan, de impedir a fuga do réo, ou, como querem outros, por este motivo e pelo de impedir provaveis reincidencias, represalias, e melhor assegurar uma efficaz repressão, a justa satisfação do offendido e a celeridade do juizo.

Mas neste caso ella tem o caracter de uma necessidade, e como fatal á sociedade e ao individuo culpado ou innocente, só deve decretar-se tendo-se em attenção a evidencia e a urgencia da prova ou por flagrante ou outra manifestação equivalente, no dizer de Lucchini cit.

Na livre Inglaterra, diz Puglia, são numerosos os *arrestos detentivos*, mas poucas e breves as *detenções preventivas*; e Mittermaier ensina que em materia de delictos propriamente ditos (*misde meanours*) não pode o juiz expedir mandado algum de arrestação e tratando-se de crime de alta trahição ou outro crime capital (*felony*) ou de natureza a commetter a paz publica, é mister, ou que o juiz tenha visto o réo commettel-o ou que perante elle haja affirmação sob juramento de que elle o tinha commettido, ou que haja grandes presumpções de que elle o vae commetter. (*Proc. Crim. cit.* § *10 n. 2.*)

A lei italiana (Cod. art. 187), estabelece algumas condições para poder-se expedir os mandados de comparecimento e de captura, e si bem que aquelle não importe violação da liberdade individual, todavia como perturba a paz do cidadão, só pode ser expedido quando ha *indicios* de culpa.

Mais graves são as condições quando se trata de mandado de prisão, porque esta providencia, em tanto quanto traz uma restricção á liberdade individual, não pode ser adoptada si não em casos de urgente necessidade, de delictos graves com *provas ou indicios sufficientes* de culpa e precedendo as conclusões do ministerio publico, tendo-se em vista as normas indirectas dadas pelo art. 186. (*Vide Puglia. Proc. cit. 1.ª p. noz. spec.* § *15.*)

Fundadas são as severas exigencias destes legisladores, porque são grandes e graves os inconvenientes e damnos civis e politicos que provêm da prisão preventiva.

Civilmente, diz Lucchini, deve-se ter em consideração, além do perigo que ella faz correr o innocente, o damno economico por vezes desastroso que resulta para o accusado e sua familia, a vergonha que commumente se attribue á encarceração ; a difficuldade e muitas vezes a impossibilidade que se oppõe ao exercicio da defesa.

Politicamente, além do prejuizo processual da diminuida ou impedida defesa, a subversão do conceito da pena, na equivalencia apparente da prisão preventiva ; a reação que se produz ao injusto soffrimento desta, e d'ahi a desconfiança na administração da justiça e nos orgãos que a circumdam ; a desmoralização do povo, que se habitúa ao carcere como cousa menos repugnante e de menos intimidação. (*Vide Lucchini P. Pen. cit. n. 254*).

Sapientissima, portanto, a disposição do art. 13, § 2, da lei de 71, que o projecto revoga, com infracção manifesta dos intentos fundamentaes do processo.

Restaurar a disposição do Cod. do Processo, dando illimitado arbitrio ao juiz na decretação da prisão preventiva, é sacrificar visivelmente a liberdade pessoal.

E' além do mais fazer obra anti-patriotica, pois não é crivel que, em um regimen politico, plantado em nome da liberdade, tenha esta menos garantias do que no dominio da monarchia destruida, alcunhado oppressor.

Não ; não pode este topico do projecto, que nem si quer cogita, como a lei franceza, da situação legal dos detentos, transitar livre num congresso republicano, que não quer, por certo, alienar da Republica a confiança ou melhor as esperanças da nação.

Um illustre diplomata, Lord Salisbury, no classico discurso pronunciado no banquete inaugural de um novo club conservador em Londres, dizia : o escopo de toda a sociedade humana é a justiça, a repressão dos delictos e a punição dos culpados.

Sim, eu comprehendo, por isso, quão inviolavel deve ser o direito do Estado a ordem e a segurança, mas tambem si não é uma ironia o principio de que é sagrada a liberdade individual, direi com Filippo Manduca, é mister então circumdal-o de todas aquellas garantias, que difficultem ou impossibilitem sua violação.

Injustificavel a disposição do projecto.

Reconquistemos a primeira garantia da liberdade, tão cedo perdida.

Ainda uma vez, injustificavel a disposição do projecto.

DA EXECUÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO

ARTS. 135 A 149

Reproduz o projecto, no que concerne á justificativa do executor da deligencia, as prescripções do direito constituido, persistindo, portanto, as duvidas a que deram logar na pratica judiciaria.

Tendo o aviso de 16 de fevereiro de 1854 declarado que a apreciação da defesa e justificação dos crimes é do exclusiva competencia do jury, pelo de 8 de maio de 1862 foi dito que a doutrina do primeiro não se estende á hypothese do art. 118 ao Cod. Crim. e 182 do Cod. do Proc. Crim.

Si o juiz formador da culpa verifica que o resistente oppoz-se com armas, de modo a pôr em risco a existencia do executor, e este o fere ou mata, é dever seu não julgar procedente o summario, na forma do que se acha litteralmente disposto no art. 145 do Cod. do Proc.

Ainda por aviso de 27 de julho de 1868 decidiu o governo que ao juiz municipal compete, nos crimes de resistencia, verificar a justificativa do executor da diligencia para o fim de julgar improcedente o summario, conforme a doutrina

do aviso de 8 de maio de 1862, expedido em virtude da imperial resolução de 15 de março do mesmo anno.

Em época anterior á lei da reforma judiciaria de 1871, esta doutrina teve pleno vigor nos tribunaes, como se vê julgado no Direito, volume 4, pagina 273, e, surgindo de novo duvida sobre essa competencia especial do juiz formador da culpa em face do disposto no n. 20 da lei n. 2.033, de 1871, que dava ao jury a exclusiva competencia para conhecer dos crimes do art. 14 do Codigo Criminal, continuaram, não obstante, os juizes a applicar a doutrina dos citados avisos, ou a reconhecer o seu vigor, como se vê no Direito volume 5 pagina 221 ; 13 pagina 428.

Consultando o sr. promotor da justiça desta comarca si lhe competia opinar e ao juiz summariamente decidir pela despronuncia do réo, verificada a hypothese do art. 182 do Codigo do Processo, respondeu o Procurador Geral que a competencia daquella auctoridade limita-se em face do art. 46 da lei n. 72, de 1893, a conhecer dos casos do art. 27 § 1, 3 e 4 do Codigo Penal, em que não se comprehende a hypothese em questão.

Sem embargo de tão auctorizada opinião, persiste a duvida no meu humilde parecer, porquanto, sendo condição essencial para a decretação da pronuncia a existencia plenamente provada de um crime nos termos do art. 145 do Codigo do Processo, repugna que tal se repute o acto executado de accôrdo completo com a auctorização—legal art. 182 do citado Codigo.

A doutrina dos cit. Avs. não se funda, como se pretendeu no direito vol. 11 pag. 138 em que ao juiz singular competia então o julgamento definitivo dos crimes de resistencia, mas sim no art. 145 do Cod. que não permitte pronuncia sem a prova plena do crime, e tal não pode ser o exercicio de uma faculdade legal.

O projecto não solveu a duvida, porque guardou silencio, consignou o preceito do art. 263 e nada diz sobre a disposição citada da lei 72.

Si o pensamento contido nos textos é deixar a justificativa do executor á competencia exclusiva do jury, não serei eu quem venha bater-lhe palmas pela crueldade manifesta de sujeitar a tão pesado gravame, a tantos onus e tamanhas tribulações os pobres executores da lei, que é a garantia de cidadão.

O executor da diligencia, na repulsa ás violencias contra a auctoridade, não faz mais do que defender o proprio Estado, porque com ellas, diz Pessina, contrapõe-se o individuo ao operar do Estado nas variadas manifestações da sua actividade, que precisamente, emquanto é actividade do Estado, deve imperar sobre a actividade dos individuos.

Não ; não perturbe a lei, por tal forma e em taes circumstancias, a paz do cidadão.

DA EXTRADICÇÃO

ARTS. 150 A 151

Positivamente inconstitucional o preceito do art. 150. O que regula toda a materia da extradicção é a lei federal n. 39, de 30 de janeiro de 1892, promulgada justamente para dar effectividade ao preceito do art 66 n. 4 da Constituição Nacional, e nella se determinam os casos, as competencias de auctoridades e as formalidades processuaes na materia.

Nenhuma ingerencia têm os Estados na regulamentação do instituto, e o caso do art. 150 está previsto no art. 1.· n. 3 da citada lei, affirmada assim a competencia exclusiva da União na especie.

Não pode, pois, prevalecer simelhante disposição porquanto, não só induz affirmação de competencia do Estado para regular a hypothese sujeita, reservada á União pelo preceito incondicional do facto fundamental, como ainda nos termos em que está redigida, pode gerir a crença de implicita alteração do preceito do n. 1 do art. 1.·, concebido na idéa de que a extradicção é pacto de soberania, que só pode ser exercido de governo a governo, salvo o caso restricto previsto no paragrapho unico do citado n. 1 art. 1.

Assim sendo, é consequente nova e adequada redacção do preceituado no art. 151.

DA FIANÇA

ARTS. 152 A 168

Referindo-se á materia da fiança, dizia a commissão revisora do Codigo Penal em 1893:

« Este relatorio, quando se occupou da extincção da acção e da condemnação penaes, consignou os motivos que tiveram os auctores do projecto para incluir essa materia na lei substantiva; não é mister, pois, justificar as disposições relativas ao uso ou não da acção publica e do procedimento *ex-officio* e a fiança pela intima dependencia dellas entre si no nosso direito.

« Releva accrescentar apenas que a lei criminal unitaria não pode deixar de regular a acção e a fiança quanto ao seu uso ou concessão, quando a Constituição Federal tutella a liberdade do cidadão e respectivamente a estes pontos nos § § 13 a 16 do art. 72 ».

O Congresso do Estado, conformando-se com esta orientação scientifica, e recuando do terreno em que se collocon ao confeccionar a lei n. 17 de 1891, deixou consignado, claro e expresso o seu pensar a respeito nos seguintes termos do art. 45 da lei n. 62, de 1893:

«Fica tambem revogado o art. 8 da mesma lei, admittindo-se a fiança somente nos casos em que a permitte a legislação federal ».

Nesta supposição, affirmada a competencia privativa da União para regular o uso ou a concessão da fiança, mal se pode comprehender o preceito do art. 156 do projecto no corpo de sua lei adjectiva, omissa como é a lei unitaria — art. 406 do Cod Penal, que o projecto da commissão procurou corrigir com o disposto no paragrapho unico do art. 433.

O projecto reconhece no art. 406 do Cod. o assento da materia, pela expressa referencia a elle feita nos arts. 153 e 154, e no emtanto consigna o alludido preceito, que nelle se não vê, referente aos casos em que os réos se livram soltos.

Eu creio na ruindade deste Cod. Penal, mas tambem, segundo as idéas dominantes, ao Estado fallece competencia para alterar seu duro preceituado na materia : *lex quam vis dura, servanda est, et casus legis attenditur.*

Crudelissima a disposição do projecto no que concerne ao modo de prestação da caução.

Em primeiro logar, abolida a fiança provisoria, e consistindo a caução no deposito do valor respectivo em dinheiro, titulos de divida publica do Estado ou da União nos termos do art. 159, o projecto desampara sem piedade a sorte do pobre, sem lembrar-se de que elle pode ser um honesto e um innocente, e de que o interesse tutelar da innocencia deve, por egual, com o interesse repressivo, estar sob a égide protectora da lei.

A legislação italiana dispensa os pobres de toda a caução, quando concorrem em seu favor favoraveis informações de moralidade —Cod. do Proc. Pen. art. 214, representadas na pratica por um certificado do syndico, que declara regular a conducta precedente do indiciado, o que arrancou de Garofalo esta severa apreciação :

Ne segue che quasi tutti i poveri sono rimessi in libertà senza alcuna mallerina, salvo quei pochi dei quali il sindaco attesti la PESSIMA *fama. E' questo un vero privilegio che gode in Italia il proletariato!* » (*Criminologia part 3 cap. 3 n. 3*)

Não é só isso : a severidade illimitada do projecto vem ferir a maioria da população do Estado, tornando illusoria a promessa que lhe fizera a lei fundamental.

Assim, a caução real é limitada ao deposito, quando a maioria do povo mineiro se compõe de pequenos proprietarios, que as mais das vezes não podem depositar dinheiro ou titulos de divida do Estado ou da União, e no emtanto possuem, em propriedades estaveis, talvez o decuplo do valor da fiança.

O projecto inspirou-se no art. 120 do Cod. de I. Crim. francez, modificado pela lei de 14 de julho de 1865, mas esqueceu-se de que esta lei, tendo em vista nas alterações do direito constituido fins e intuitos os mais liberaes, permitte na segunda parte do referido artigo a caução pessoal, sem as exigencias antigas da hypotheca e constrangimento corporal, que tornavam as cauções difficeis de encontrar. (*Vid. Ortolan cit. n. 2228.*)

Não sei mesmo em que possa ter mais efficacia o deposito do que a hypotheca para o fim do instituto, quando vemos a caução real ser feita por um e outro modo em quasi todas as legislações dos povos civis.

A legisiação ingleza é, como sempre, liberal neste assumpto, e Mittermaier cit. § 10 n. 1 C. assim descreve seus preceitos:

« O juiz examina a questão de sufficiencia da caução. E' de regra que se imponha ao proprio accusado o pagamento de certa somma de dinheiro. Este pagamento pode ser feito egualmente por dous cidadãos, que se apresentam em seu nome (ás vezes por um só). Para apreciar a solvabilidade das cauções (muitas vezes, com effeito, em logar de um pagamento effectivo, só ha uma promessa, um empenho de pagar) recorre-se a informações. »

Pela legislação italiana a caução póde ser feita mediante deposito ou hypotheca, como se vê do 2.° alin. do art. 217 do Cod. do Proc. Pen. assim concebido :

« La cauzione si darà o mediante deposito, nella cassa dei depositi e prestiti, di denaro, o di effetti del debito publico al portatore, ed anche di cedole nominative munito del regolare traspasso, gli uni e le altre calcolate al valore di borsa ; o mediante ipoteca sopra beni stabili, il cui valore sorpassi di un terzo in fondo libero il montare della cauzione, o mediante ipoteca di rendito sopra lo stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito publico. »

Ainda nesta materia, a lei monarchica, que se procura reformar no sentido da restricção, garantia com efficacia e sabedoria a liberdade do cidadão, em perfeita harmonia com a promessa constitucional, pois dava amplas facilidades á prestação da fiança, concedendo que a caução real se fizesse por hypotheca ou por deposito, ampliado este (o que não faz o projecto) até ás pedras preciosas e aos trastes de ouro ou prata.—Cod. do Proc. art. 105

Mas não parou ahi a sabedoria de nossos maiores, sedentos de garantir a liberdade : ao par da caução real, tão ampla, instituiu a caução pessoal, a garantia por fiadores reconhecidamente abonados.—Cod. do Proc. Crim. 107.

Verdade é que esta liberal disposição foi revogada pela lei de 3 de dezembro de 1841, mas esta derogação, não se fez sem protestos vehementes dos espiritos os mais conservadores, como o Marquez de S. Vicente, que assim se expressa sobre as innovações della que lhe pareciam menos justas : « ... 3.° o art. 46, pois que, si a lei civil, e as criminaes de

outros povos, admittem por fiador as pessoas conhecidamente abonadas, porque a lei brazileira ha de repellil-as com manifesta contradicção, quando demais a mais accresce a garantia das testemunhas abonadoras do art. 102 .do Cod. ?»— (*Proc. Crim. cit. n. 187*).

E o honrado Marquez tinha sobeja razão.

Já vimos o que a respeito se estabelece no direito inglez, espelho dos amantes da liberdade ; a fiança muitas vezes consiste em uma promessa, em um empenho de pagar, em vez do effectivo pagamento.

O mesmo se verifica na Italia cujas disposições a respeito são descriptas pelo commentador nos seguintes termos :

« A caução póde ser prestada por um terceiro ou simplesmente garantida. Deve então o fiador, conforme os casos, isto é, segundo seja a caução admittida pela camara do conselho, pelo tribunal ou pela côrte, fazer a declaração perante o juiz instructor, ou o relator ou o juiz delegado, de se obrigar a apresentar o accusado a toda a intimação, e, na falta, pagar a caução (*Puglia — P. Pen. cit. part. 1.ª noz. op. § 17*),

Na França o legislador, como querendo temperar o rigor da primeira parte do cit. art. 120, que exige a caução em especies, nem sempre ao alcance de todos, ainda que proprietarios sejam, consagrou a instituição da caução pessoal, em vantagem evidente da facilidade das fianças, nos seguintes termos da segunda parte do referido artigo :

« Toute tierce personne solvable pourra egalement être admise a prendre l'engagement de faire representer l'inculpé á toute requisition de justice, ou, á defaut, de verser au tresor la somme determinée ».

Mas, diz a commissão da Faculdade de Direito, que a innovação operada tem a vantagem dupla e incontestavel de simplificar os termos do processo, tornando mais rapida e prompta a effectividade do remedio da fiança, e de garantir melhor o direito dos que passam pelo infortunio de se verem forçados a recorrer a este remedio da lei para em liberdade tratar de seus meios de defesa.

Sem duvida que a simplicidade é um dos requisitos elementares do processo, mas esta simplicidade não póde ir ao ponto de sacrificar os seus intentos fundamentaes.

Restringida, como foi, pelo projecto, a materia de deposito, eliminada a hypotheca dos modos de se effectuar a caução, e não admittida a caução pessoal, a que fica reduzido o « direito dos que passam pelo infortunio de se verem forçados a recorrer a este remedio da lei para em liberdade tratar dos seus direitos » ?

A um favor sómente accessivel aos capitalistas, com despreso manifesto ao preceito constitucional que garante ao cidadão brazileiro o direito de não ser conservado em prisão nem a ella levado, ou nella detido, si prestar fiança idonea nos casos permittidos por lei, C. Fed. art. 72 § 14.

Não : o regimen do Cod. do Processo garantia com mais efficacia o direito do cidadão, e completado pelo instituto da fiança provisoria que tem precisamente por fim a celeridade na prestação da fiança e impedir o abuso de avaliações excessivas, como mostra o cit. Marquez de S. Vicente e com os recursos faceis ao réo, satisfazia plenamente a promessa constitucional.

Não creio na excellencia das profundas innovações do projecto.

Não basta, dizia Pessina, no parlamento italiano em 1885, que um homem de Estado affeiçòe-se em mente á uma instituição ; é mister que elle adquira consciencia de que essa instituição inspira a fé, e é circumdada por todo o seu prestigio, na consciencia natural, na consciencia das multidões.

Mas uma instituição, como engendrou o projecto, que nenhuma garantia offerece á liberdade, não pode merecer a approvação dos honestos, e, balda, como é, de todo o elemento experimental, incorre no vicio apontado por Sumner Maine, nos « Ensaios sobre o governo popular »:

« Si as instituições novas são absolutamente destituidas de elementos tirados da experiencia, aquillo que era uma inconveniencia tornar-se-ha um perigo imminente ».

Santa verdade !

DA SUSPEIÇÃO

ARTS. 170 A 174

Allard, no celebre relatorio sobre o projecto de revisão de Cod. do Proc. Civ. Belga, no ponto relativo á recusação dos juizes,por esta forma exprimiu o pensamento que o dominou :

« Nous avons cru devoir maintenir le charactère limitatif de l'enumeration des causes de recusation ; il y a trop de danger a laisser les plaideurs maitres d'imaginer á plaisirdes motifs de nature a contraindre le juge de descendre de son siège. »

Parece tambem ter sido este o pensamento dominante do projecto, ennumerando no texto, apartando-se do systema dos codigos francez e italiano, que reportam-se ás disposições da legislação civil, todas as causas que determinam a suspeição legitima.

Conjurou, porém, o perigo a que allude o sabio jurista ? O vago de suas determinações induz uma negativa formal.

Assim, com relação á inimizade capital, o projecto não declara em que consiste, desviando-se por essa forma do ensinamento ministrado pela Ord. L. 3, tit. 56, § 7 e a do liv. 5, tit. 117, §§ 2 e 4, com a limitação da do tit. 56, § 8.

E' certo que este é o mesmo systema seguido pelo Cod. Francez art. 378, e o italiano art. 116 n. 11 ; mas é concorde ensinamento da doutrina e da jurisprudencia que não bastam vagas e genericas allegações, mas se devem especificar os factos e as causas da inimizade, como tambem que, para a apreciação destes factos e destas causas, se deve deixar um amplo poder discripcionario á auctoridade chamada a julgar do pedido de recusação. (*Vide Mattirolo cit. 4.ª edic. n. 1.043*.

O projecto cingiu-se ao art. 86 do Reg. 737, de 1850, mas, sendo omisso a respeito, vigora o preceito do art. 743, termos em que tem applicação a legislação civil.

No que concerne ao interesse do juiz, como pode ser directo ou indirecto, muito conviria que o projecto, a exemplo do Cod. Francez e Italiano, especificasse as causas que o fazem presumir, nada deixando ao arbitrario, e em attenção como diz Bonnin—Comm. de la Proc. Civ. liv. 2 tit. 21,aos inconvenientes que haveria em permittir toda a especie de recusação, da desconsideração que dahi resultaria á magistratura, o que convence do caracter limitativo do art. 378 cit. do Cod.

Em que n. do art. 170 está incluida a suspeição originada, na expressão de Mattirolo, do *amor proprio* do juiz, e de que trata o art. 176 n. 9 do Cod. Italiano e 378 do Cod. Francez ?

E' taxativa a disposição do art. 170, como o 378 do Cod. Francez e o 116 do Italiano, ou, como quer o Cod. do Proc. Civil germanico § 42, pode ter logar a suspeição sempre que exista um motivo de natureza tal, que justifique a duvida sobre a imparcialidade do juiz ?

A commissão da faculdade quer a recusação do juiz mesmo no processo da formação da culpa, mas este incidente vem em damno manifesto da celeridade do processo, que já mostramos ser um dos seus essenciaes requisitos.

Reputo puramente imaginarios os inconvenientes que a illustrada commissão receia resultarem á defesa do systema do projecto, que é o do direito vigente.

1.· Porque é evidentemente nullo o processo feito por juiz suspeito, termos em que, arguida a suspeição verbalmente ou por petição e não reconhecida, cabe ao réo o recurso prompto do *habeas-corpus*, nos termos do art, 219 n. 3 e 216 ;

2.· Porque completado o systema do projecto com o preceituado no art 64 do Cod. do Proc. conhecerá o Tribunal Superior da suspeição como preliminar na occasião do primeiro recurso ;

3.· Porque todas as medidas que tendem á celeridade do processo, resguardada como é a liberdade pelo *habeas-corpus*, resolvem-se em beneficio do accusado, pois com ella, diz Casorati, abreviam-se os soffrimentos do carcere, e, em todo o caso, as penosas incertezas de um julgamento, que pende sempre ameaçador sobre a cabeça do accusado como a espada de Damocles.

Outro tanto, porém,não direi das doutrinas do projecto no ponto em que extende ás causas da suspeição aos orgãos do ministerio publico, pondo fim á controversia conhecida sobre a materia, em que variam sem fim as decisões do governo e os decretos dos Tribunaes, no dominio do art. 61 do Cod. do Processo.

Acho neste assumpto mais racional o systema do art. 748 do Cod. Italiano, que veda a recusação dos officiaes do ministerio publico, podendo, porém, abster-se si se acham em algum dos casos da recusação previstos nas leis do processo civil relativamente aos juizes.

Assim o entendo fundado nos conceitos seguintes do relatorio do sabio Pisanelli pag. 55:

« Si o ministerio publico é parte principal no juizo, não poderá ser recusado, porque o direito de recusação não pode competir a um litigante contra o seu adversario ; alem de que quando os officiaes do ministerio publico intervêm na recusa, como auctores ou réos, a sua palavra não póde mais exercer sobre os juizes aquella influencia, que nasceu de um simples *parecer*,absolutamente imparcial e desinteressado.»

Pela nossa legislação o ministerio publico é sempre parte principal nas causas crimes, e, portanto, procedem as observações do mestre, aliás de evidencia recusavel.

Uma alteração, pois, faz-se precisa no projecto, vedando-se a recusação e dando-se liberdade aos impulsos da consciencia do funccionario publico.

DA INCOMPETENCIA

ART. 175

São perfeitamente applicaveis á esta excepção as observações feitas em relação á deducção da recusação no processo da formação da culpa.

Sobre prejudicarem a celeridade do processo, em damno visivel dos seus dous interesses fundamentaes, a deducção, discussão e julgamento deste incidente no summario nenhuma vantagem trarão ao réo, cuja liberdade ameaçada ou constrangida effectivamente, está plenamente garantida, não só pelo prompto e efficaz recurso do *habeas-corpus* arts. 216 e 219 n. 4, como pela salutar providencia do art. 399.

DA ILLEGITIMIDADE

ARTS. 176 e 177

Cuido que era tambem escusado admittir-se no summario a deducção, discussão, provas e julgamentos desta excepção.

Por essa forma eliminava-se mais um tropeço á prompta conclusão da formação da culpa, e de modo algum se prejudicariam os direitos do réo, pois, que, dada a illegitimidade da parte, que verbalmente ou por escripto póde ser allegada, e não sendo reconhecida, provê a lei com o recurso efficaz e prompto dos arts. 216 e 219 n. 3 e 186 n. 1.

DA COUSA JULGADA

ART. 179

Uma pequena preliminar, antes de conhecer *de meritis* da materia da secção.

Não está a materia deslocada no organismo de uma lei de forma ?

A cousa julgada, sem embargo de opposta crença, é um dos modos de extincção da acção penal, se exprime pelo aphorismo — *non bis in idem* — que significam pelo mesmo facto, soberanamente julgado, condemnando ou absolvendo o réo, não se póde novamente exercitar a acção penal, porque é de interesse social que se ponha fim aos juizos.

Mas a extincção da acção penal é regulada pelo Codigo Penal no titulo 6, que neste ponto inspirou-se nas doutrinas do Codigc Italiano, no titulo 1.· e titulo 9 do livro 1.·, como já fiz patente no capitulo relativo ao acto inicial do processo.

O relatorio ministerial de 1887 advertia bem a collocação impropria de taes disposições no Codigo Penal italiano, observando, porém, ser então mui difficil evital-a, em vista das tradições da legislação !

Pois bem : emquanto alli capitula-se com o erro em homenagem ás tradições da legislação, no Brazil vem-se hoje praticar o erro pelo prazer de romper com as tradições constantes da legislação !

Não ha negal-o, o projecto tem por si a boa doutrina ; as nossas tradições juridicas, pois, a materia era regulada pelo art. 327 do Codigo do Processo, cousequencia aliás do art. 179 § 12 da Constituição de 1824, o direito francez em que tem ella séde no codigo processual, e o legislador belga, na ultima reforma, procurou regular no Codigo do Processo todas as normas concernentes á acção.

Mas tambem, força é confessar, o honrado auctor do projecto está fora do seu tempo, talvez mesmo do terreno em que se collocou ao traçar as primeiras linhas do seu trabalho.

Vamos adiante.

A primeira condição apontada no texto para a applicação do brocardo *non bis in idem*—é que haja sentença definitiva anterior, mas não é isso bastante, pois a sentença pode ser definitiva, emquanto decide o ponto principal da causa, condemnando ou absolvendo o réo, e estar, não obstante,

sujeita aos recursos legaes, e portanto destituidos do caracter de irrevogabilidade necessario para que constitua juridicamente a cousa julgada.

O segundo requisito exigido a cousa julgada é a identidade de causa, expressa pelo projecto nos vocabulos—« mesmo facto principal ».

Surge aqui a mesma duvida, que teve logar na jurisprudencia franceza ; acontecendo que um mesmo facto deu logar a diversas figuras de delicto, a sentença proferida sobre elle, de um modo definido, faz « cousa julgada » contra a incriminação do mesmo facto de outro modo qualificado ?

A Côrte de Cassação Franceza decidiu pela negativa com base no art. 360 do Codigo de I. Criminal, cujas expressões —*meme fait*—significam a mesma accusação, e, portanto, pode ser submettido a processo pelo mesmo facto *diversamente qualificado* quem fôra absolvido por elle de outro modo definido.

Diversos julgados nesse sentido menciona o—*Repert de Jurisprudence*—*Non bis in idem*—, com especialidade o proferido no caso Jean Diffis, onde o relator Merlin discute a these com a elevação de seu vasto saber.

Helie sustenta que—*meme fait*—significa não a mesma *accusação*, mas o *mesmo facto material* e conclue recorrendo com Merlin ao principio da inviolabilidade da decisão dos Jurados.

E Ortolan—Droit Pen. n. 1795, diz que a auctoridade da cousa julgada tem logar acerca do que fez e deveria fazer o objecto do julgamento, de maneira que a sentença, uma vez tornada irrevogavel, purga todas as incriminações varias, de que poderia ser susceptivel o facto.

Sendo a fonte do projecto neste ponto o Cod. Francez, cujo texto é assim objecto de tão diversas e auctorizadas interpretações, conviria que se tornasse, por disposições complementares, mais claro o pensamento nelle contido.

O terceiro requisito é a identidade de pessoa, de tal sorte que a sentença, com relação a um accusado, não faz julgado em referencia aos outros co-réos, para os quaes continúa pendente a acção penal.

Procede a doutrina ainda quando a sentença declara inexistente o delicto ?

O professor F. Puglia diz que é este caso de excepção legal e Lucchini que a auctoridade da cousa julgada deveria ter o mesmo valor ainda pela pronuncia instructoria, com a qual pode egualmente exaurir-se o processo.

Finalmente, occorre-me sobre esta secção uma observação.

Pelo art. 12 do projecto a composição sobre o damno importa renuncia da acção criminal ; é, portanto, reputado um obstaculo ao exercicio desta.

Pergunto : não é ella uma das excepções, de que pode o réo lançar mão,do mesmo modo que a transacção no processo civil, que é equiparada a cousa julgada ?

Para mim, já o disse, não é acceitavel a doutrina do projecto, mas, a prevalecer, deve a transacção ser capitulada como uma excepção legal.

DAS NULLIDADES

ARTS 186 A 191

Seguindo os traços de modernas codificações, imprimiu o projecto com o systema adoptado sensivel melhoramento no direito processual, cuja doutrina cifrava-se no vago preceito do art. 301 do Cod. do Proc., já completado com imperfeições pela Lei n. 17.

São conhecidos os systemas existentes sobre a materia.

O primeiro se caracteriza pela nota—*quidquid fit contra legem nullum est*—foi acolhido por Justiniano com relação ás leis prohibitivas, dominou por muito tempo como regra de interpretação, foi cercado de numerosas excepções e afinal repellido pelos legisladores modernos. (*V. Merlin—Rep. v. Nullité*).

O excessivo rigor deste systema originou o principio da *suspeita legal*, de sorte que só se decrete a nullidade do acto violador da lei, quando se verifique a má fé, aliás presumida, salvo prova em contrario.

Este systema, diz Pisanelli, não satisfaz ás necessidades da pratica, porque com elle se substitue o preceito da lei pelo arbitrio sem limites, desapparecem de facto as garantias da legalidade, o que não é admissivel em parte alguma da legislação e menos em materia de formas.

Pretendem outros que a sancção da nullidade não se possa em caso algum presumir, e que só fossem declarados nullos os actos que o legislador tivesse declarado taes expressamente.

Tal systema, continúa Pizanelli, no seu relatorio, é de difficil actuação, não sendo facil nem possivel sempre ao legislador no prover a cada acto, deter-se a cada passo para declarar quaes sejam as formulas cuja inobservancia traz comsigo a nullidade do acto ; alem de que ha certas formalidades assim essenciaes que, sem ellas, o acto não pode revestir a natureza caracteristica, que lhe é propria, não pode attingir ao escopo a que é destinado, e é evidente que a falta de uma destas formalidades torna o acto nullo, por força de um principio de razão natural, si bem que o legislador positivo não tenha expressamente estabelecido, por tal omissão, a sancção da nullidade.

Finalmente, ha o systema de Romagnosi, fundado na distincção entre as formulas essenciaes e accidentaes.

E' manifesto, diz Mattirolo, que, por direito de razão, um acto, a que falta um elemento constitutivo, uma formalidade essencial, é juridicamente nullo, ao passo que a falta de uma formalidade puramente accidental não deve, em these geral, e segundo os principios de razão natural, produzir a nullidade do acto, por isso que este, si bem que imperfeito, apresenta todavia todas as condições necessarias para a sua juridica existencia, e pode por isso, ao menos na maxima parte dos casos, preencher o fim para que foi ordenado. (*V. Mattirolo cit. ns. 170 e seguintes*).

Conformando-se com este systema, o projecto completa o art. 307 do Cod. de Proc. enumerando as formulas que reputa substanciaes, eliminadas assim quanto é possivel ao legislador as duvidas e questões que sóem apparecer na pratica judiciaria sobre a natureza de determinadas formalidades, realizando o ideal do auctor do estudo que se vê no Direito vol. 5 pag. 5 e fazendo vigorar para as accidentaes o generico preceito do art. 188.

Apartou-se dest'arte do methodo seguido na legislação franceza onde fez o legislador, para exacta applicação do art. 408 do Cod., que a cada acto acompanhasse a sancção da nullidade

Mas eu noto nesta secção do projecto a ausencia de disposição relativa ás nullidades provenientes do defeito do poder dos tribunaes, juizes e officiaes do juizo, em occasião precisa em que se occupa dos vicios que determinam a insubsistencia do processo, quando nenhum dos enumerados tem maior gravidade—*non major defectus, quam defectus potestatis.*

Assume aqui a nullidade o caracter de absoluta, de pleno direito, não coberta pelo silencio das partes, absolutamente insanavel.

Não existem pelo projecto as nullidades no puro interesse da lei para, no dizer de Lucchini, a observancia e recta applicação da lei, e imprimir-se a jurisprudencia uma direcção organica, harmonica e progressiva?

Mais adiante me occuparei do assumpto, e do que se refere á materia de nullidades em geral.

DOS RECURSOS ORDINARIOS

ARTS. 192 a 215

Não creio na efficacia da appellação official do art. 79 § 1º da lei de 3 de dezembro de 1841 e 449 § 1.º do reg. n. 120 de 1842, por cuja restauração trabalham diversos ornamentos da magistratura mineira, para conter a corrente da impunidade oriunda da nimia benevolencia do jury.

O nosso legislador foi beber inspirações no art. 352 do Cod. Franc. de I. Crim. e quiçá nos ensinamentos do direito inglez ; assim entende o M. de S. Vicente.

Mas, no que concerne á legislação franceza, procede a faculdade concedida á córte no caso sómente de declaração de culpabilidade, nunca por conseguinte contra o accusado.

Assim sendo, eu não vejo razão alguma de justiça ou utilidade social, que aconselhe a imitação, numa reforma processual, que deve attender com a possivel egualdade aos dous interesses fundamentaes da lei adjectiva, o tutellar da innocencia como o repressivo da delinquencia, tendo por synthese a descoberta da verdade judiciaria.

E a lei propria de 3 de dezembro reconheceu a injustiça de simelhante disparidade, estendendo a faculdade da appellação á qualquer que fosse a decisão, condemnatoria ou absolutoria, do jury, uma vez verificada á contrariedade a evidencia resultante dos debates, depoimentos e provas exhibidas.

O systema de recursos contra injustos veridictos do jury, pelo direito inglez, desde o recurso de graça ao Secretario de Estado o *motion in arrest of judgment* do accusado ou do proprio juiz, *motion of new trial* só cabivel em materia de *misdemeanours* e sob a apreciação arbitraria do juiz presidente, até o *writ of error* da competencia da Camara Alta, corpo politico erigido em corte de justiça, apesar do progresso da lei de 1848, não nos póde absolutamente servir de modelo, por ser reconhecido mau, não parecendo ser sinão um resto do antigo systema incoherente e estreitamente ligado á distincção caduca entre os *misdemeanours* e as *felonies*, pelo que ha pronunciada corrente de opinião que reclama sua reforma.—(*V. Mittermaier—Proc. cit* § 29).

A restauração da mencionada appellação, sobre ser um attentado á ordem constitucional, dando ingerencia indirecta ao juiz regular no julgamento do facto, reservado pela lei fundamental á decisão soberana do jurado, é um absurdo processual, pois faz do juiz togado, cuja convicção se fórma pelo systema de provas legaes, o apreciador da sentença do juiz popular, cuja consciencia se fórma pelas regras do livre convencimento.

A evidencia de um não é e nem póde ser a evidencia de outro.

Clama-se, e com justiça, contra o escandalo das absolvições do jury, mas não esta, e sim outras são as causas do mal.

Tenho por evidente que um dos coeficientes do mal está na falta de instrucção popular, e outro na propria lei, segundo a qual todo o mundo é jurado, e tantas são as complicações processuaes, que, diariamente, com uma insistencia inabalavel, uns sobre outros, são os julgamentos annullados, e o crime triumpha no meio do pasmo e clamor dos honestos.

A annullação dos julgamentos, diz-se, é feita tanto no interesse da accusação como da defesa, e é sempre justo

sujeitar o julgado á uma prova em novo julgamento, e, com essa orientação, segunda a qual a sentença nunca deve ser proferida por 8, mas por 16 (até 50) jurados, vão os Tribunaes annullando os trabalhos do jury, com retardamentos sem fim, sempre prejudiciaes aos intuitos processuaes, o que salientou sabio magistrado : *la giustizia sociale quando tardi scocca é infeconda.*

E' o systema dos Tribunaes Francezes, dos Italianos e de todos aquelles, cujos paizes inspiraram-se nas doutrinas da legislação franceza.

O projecto procurou, com o seu systema de nullidades, melhorar este estado de cousas, mas a experiencia da lei n 17 veiu mostrar a sua inefficacia, e as profundas modificações que ora se traz ao organismo do processo convencem de que as proporções do mal avolumar-se-hão de maneira espantosa.

A medida proposta por Garofalo, e já seguida na America do Norte, não produzirá beneficios resultados ?

Certamente, diz este escriptor, o magistrado que transgrediu a lei deveria ser submettido á uma censura, mas a sentença deveria permanecer firme, quando a transgressão não tivesse sinão uma importancia, por assim dizer, *burocratica*. Vice-versa, nos raros casos em que (com a logica commum, não a juridica) da violação do rito se possa presumir tenha nascido qualquer motivo de convicção no animo dos juizes, só então dever-se-hia annullar o julgamento, fosse de absolvição ou de condemnação, e ordenar a repetição.

Eis ahi, conclue elle, como se conciliarião os interesses sociaes com os da mais imparcial justiça.—(*Criminologia part. 3 cap. 3 n. 4.*)

Nos diversos Estados da União Americana, onde prevaleceu o systema de recursos do direito inglez, admittem-se tres especies de recursos : o tendente a obter a abertura da nova informação, a suspensão do julgamento ou o *writ of error*.

Segundo os estatutos de Massachussets, é regra fundamental, diz Mittermaier, que um julgamento só pode ser annullado quando o vicio que o affecta é de natureza a influir para se commetter uma injustiça grave para com o accusado.

E na legislação de New York a lei estabelece este principio fundamental que se não deveria achar em uma violação qualquer de uma forma prescripta no Cod. ou de uma regra de processo, ou em um erro ou irregularidade commettidos, uma causa de nullidade da sentença sinão quando dessa violação resultou ou devia resultar uma offensa real aos direitos essenciaes do accusado.—(*Mittermaier cit.* § 29)

Ao lado destas disposições, era natural o recurso no puro interesse da lei, não obstante a severa critica do illus-

trado magistrado alludido, que chega a qualifical-o o *non plus ultra* da extravagancia.

Este recurso é expressamente admittido pelo Cod. Italiano art. 684, segundo o qual, proferida por uma corte ou por um tribunal ou pelo pretor uma sentença inappellavel sujeita á cassação, sem que alguma das partes tenha contra a mesma reclamado no praso da lei, o ministerio publico junto á Côrte de Cassação poderá *ex-officio*, não obstante a decorrencia do termo, denuncial-a á Côrte de Cassação,que a examinará e pronunciará conforme o caso, a sua annullação no-interesse da lei.

Segundo a lei franceza, são de duas ordens os recursos de Cassação no interesse da lei.

1·. Aquelles que, nos termos do art. 374 do Cod. de I. Crim. forma o ministerio publico, parte no processo, nas 24 horas, contra a sentença da absolvição.

2·. O que o procurador geral junto á Côrte de Cassação tem o direito de formar por sua auctoridade, nos termos do art. 442.

Nota-se entre essas duas legislações, no tocante aos effeitos da sentença, sensivel differença.

Assim, pelo art. 685 n. 1 do Cod, Italiano, si a sentença é annullada por violação da lei, por ser applicada em damno do condemnado pena maior do que a estabelecida para o delicto, poderá elle ser submettido a novo julgamento para a applicação da pena, permanecendo firme a declaração de culpabilidade a seu cargo.

Pelo referido art. n. 2 do citado Codigo, si a sentença é annullada por violação ou omissão de formas essenciaes do processo, está na faculdade do condemnado a escolha entre novo julgamento e a execução da primeira sentença, si bem annullada.

Na legislação franceza, assim é descripto por Garraud cit. n. 607 :

« O recurso em cassação no interesse da lei tem por unico objecto manter a unidade da jurisprudencia e a exacta interpretação da lei, este recurso deixa ao julgamento ou ao aresto impugnado toda a auctoridade da cousa julgada, limita-se a rectificar *theoricamente* os erros que encerra.

A unica sancção da casação, no caso, consiste na transcripção do aresto ou dosjulgamento nos registros da jurisdicção, cuja decisão foi cassada. Mas, as partes não poderiam se prevalecer da annullação, nem o ministerio publico se apoiar no aresto da cassação para de novo agitarem o ponto definitivamente julgado. A cassação não restabelece, pois, *o statu quo ante judicium.* »

Estes exemplos são dignos de imitação, e, emquanto não tem execução o preceito do art. 73 da Constituição, pode o Tribunal da Relação investido daquella attribuição, corresponder com certa efficacia aos intuitos que tivera em vista o legislador constituinte.

Não ha interesse que sobrepuje a applicação regular e uniforme do direito, pela exacta interpretação da lei e a unidade da jurisprudencia, o quanto bastou para que na Allemanha fosse instituido o Tribunal do Imperio, que não tem outra missão, segundo Dubarle, salvo os casos excepcionaes, como do art. 136 n. 1 e outros do Cod. de Org. Jud.

Evitemos quanto possivel no Estado a contrariedade dos julgados, para que não se verifique o famoso moto de Pascal:

Plaisante justice, qui une rivière ou une montagne borne !
Verité en deça des Pyrenées, erreur au de là !

Conter a benevolencia do jury, é tentar o impossivel, e devemos recordar que ao nosso tribunal popular são applicaveis os conceitos do grande lord juiz inglez Denman, referindo-se á absolvição do jury no seu paiz :

« Estas absolvições, que prejudicam sem duvida o prestigio e auctoridade da justiça, se apoiam sobre motivos honestos, e se explicam por sentimentos ou escrupulos honrosos. »

Direi adiante sobre o protesto.

Da formação da culpa

SECÇÃO I

DOS DELICTOS COMMUNS

ARTS. 246 A 259

Profundamente contradictorio comsigo mesmo, o projecto contém doutrina inacceitavel em materia de interrogatorio do accusado.

Os grandes espiritos tambem têm suas descahidas.

Sabe-se que influencia decisiva exerceu Livingston sobre o melhoramento do processo criminal dos diversos Estados da União Americana com a publicação do seu projecto de Codigo para a Louisiania, obra modelo, no dizer de Mittermaier, que todo o legislador deve ter em consideração, se esclarecendo sobretudo do relatorio apresentado em apoio, e que contém o melhor commentario pratico sobre todos os pontos principaes do processo criminal.

Pois bem. Livingston, que foi o primeiro que sailentou os vicios do systema do interrogatorio minucioso da legislação franceza, pelos perigos que corria o innocente, propoz em seu projecto que, como modelo de interrogatorio, se perguntasse ao accusado, fóra as generalidades, onde estava ao tempo em que se diz ter acontecido o crime, e que

fosse pelo juiz convidado a fazer qualquer declaração que julgasse a bem da sua defesa.

Tratando-se da confecção de um regulamento de processo criminal para New York foram repellidas estas vistas de Livingston,como contrarias á logica a mericana, e perigosa,ao accusado.

Do momento, argumentaram os commissarios, em que ao juiz se permitte estabelecer ao accusado questões determinadas, se referindo, por exemplo, ao logar em que estava na época do crime, é este forçado, si não quer confessar, a dar respostas evasivas, ou a contestar a verdade dos factos ou a recusar qualquer resposta.

Em qualquer destas alternativas que se detenha, sabe-se que o accusador póde dellas tirar partido no debate para accumular inducções de culpabilidade.

Mas chega-se assim a reduzir a nada o direito que a lei quiz garantir a todo accusado de declinar qualquer explicação. (*Vide Mittermaier—Proc.—cit.* § *12*).

Perfeitamente applicavel ao systhema do projecto: desde que ao juiz se permitte determinada pergunta sobre si o accusado commetteu o crime, a nada fica reduzido o direito de *fazer declarações a bem de sua defesa*, nos termos do n. 3 do art. 252.

Sobre isso, é manifesta a contradicção do projecto, pois ao passo que ao juiz prohibe no art. 92 *procurar no interrogatorio do réo por qualquer meio obter a confissão*, prescreve-lhe no art. 252, n. 2 o dever de perguntar ao réo si *commetteu o crime que lhe e imputado*, o que se dirige directa e precisamente ao escopo de obter a confissão.

Mas, si assim é, por ser uma unica a pergunta do juiz tendente a obter a confissão não perde este instituto o caracter do *costituto obiettivo* dos italianos, especie de tortura moral, substitutiva dos juizos de Deus, do duello judiciario, dos antigos tormentos physicos.

Eu creio na verdade do principio enunciado no art. 5 das emendas á Constituição dos Estados Unidos, isto é, que ninguem poderá ser compellido, em materia criminal, a ser testemunha contra si proprio, e portanto, não posso comprehender a racionalidade de outro systema de interrogatorio, que não o do cod. de New York, que aliás é o da pratica judiciaria dos Estados Americanos, a saber, o juiz se limita a estabelecer ao accusado as questões de uso sobre seus nomes e qualidades, convidando-o a fornecer sobre os diversos capitulos da accusação a justificação que julgou conveniente.

Toma assim o interrogatorio o caracter ou a natureza de peça exclusiva de defesa no mechanismo do processo, não meio de extorquir confissões para chegar á descoberta de pretensa verdadé judiciaria.

E' o systema inglez que evita tudo quanto apresenta o menor caracter inquisitorial baseado nos conceitos seguintes, synthese do que escreveu Mittermaier reproduzindo os juristas inglezes:

1.º Ao accusador incumbe a prova da accusação, e o accusado deve ser tido como innocente, emquanto tal prova não é feita e ninguem pode ser forçado a depor contra si proprio;

2.º Basta conceder ao juiz o direito de interrogar os accusados, para que seja necessariamente tentado a estabelecer questões capciosas, e para que o innocente corra o perigo de fornecer respostas que sefpossam interpretar sem duvida em um sentido que lhe é desfavoravel;

3.º O systhema simelhante ao da França retarda a informação preparatoria pelas renovações dos interrogatorios nas occasiões propicias de sorprehender as confissões;

4.º Este systema provoca discussões sobre declarações do réo anteriormente feitas, e ora retractadas, e estes incidentes de audiencia compromettem a dignidade da justiça, complicam os debates e perturbam a religião dos jurados.

5.º E' contradictorio interrogar o accusado, e reconhecer todavia que o accusador é obrigado a fazer a prova de suas imputações, e parece tambem illogico admittir que ninguem é forçado a dar uma resposta, e no emtanto obrigar, por vias artificiosas, a responder a questões postas;

6.º Finalmente, com a suppressão desses interrogatorios, o accusador, que se sente obrigado a provar sua accusação, empregará maiores exforços para conseguir as provas necessarias *Proc. Crim.* § *cit. 13.*

Não affirmo, pois, cousas sem fomento de justiça e de razão, quando digo inacceitavel a doutrina do projecto em materia de interrogatorio do réo.

Menos ainda podem merecer meus applausos as theorias inquisitoriaes do projecto na parte concernente á defesa do accusado, sobre que é escusado insistir em face dos conceitos amplamente expendidos em paginas anteriores.

Si por essa forma me expresso com referencia a esses assumptos, o mesmo não farei a respeito do que se contem no art. 259, que, não mantendo o regimen do art. 10 do decreto n. 583 de 8 de março de 1892, revelou coherencia com a orientação que presidiu á confecção do projecto na parte relativa ao exercicio da acção penal, por isso que o mencionado art. 10 importava a restauração do procedimento *ex-officio* abolido dos juizes formadores da culpa estendido a casos não contemplados na lei substantiva, reputada assento da materia.

ARQUIVO PÚBLICO MINEIRO

DA PRONUNCIA

ARTS. 263 A 269

Chegado ao segundo momento do processo, em que, se vão julgar os resultados da instrucção, sou levado a crer, ou que o projecto resente-se de grande obscuridade ou contem defeito de natureza capital.

Das disposições combinadas dos arts. 264 e 274 pode-se induzir que foi pensamento dominante do projecto fazer da sentença de pronuncia a base da accusação e do julgamento em plenario.

Mas o libello, o *indictment* dos inglezes, *o acto de accusação* dos francezes e italianos, tem como requisito fundamental o pedido de condemnação, designando-se o grau da pena e a lei que a impõe, bem como a narrativa do facto e das circumstancias nos termos do art. 273 ns. 2, 3 e 4.

E porque entre elle e o despacho de pronuncia deva existir perfeita conformidade, é licito inquirir : deve este especificar todas as circumstancias aggravantes, que influem na quantidade da pena em especie ?

Nem o elemento grammatical, nem o elemento historico auctoriza a solução affirmativa ; o primeiro, porque as expressões—*artigo de lei em que achou o réo incurso*—referem-se evidentemente á figura delictuosa do facto, ás circumstancias elementares ou extremos essenciaes que constituem a qualidade do delicto, mas não ás circumstancias accessorias influindo na quantidade da pena ; o segundo, porque, sendo a fonte do art. 264 do projecto o direito actual, neste, interpretado pela pratica judiciaria constante, nunca foi exigido do juiz do summario a especificação na pronuncia das circumstancias que aggravam ouattenuam a pena.

Mas si assim é, o projecto carece de reforma, que o ponha de harmonia com as legislações mais adeantadas, e quiçá com o espirito que parece o haver dominado.

Assim, pela legislação franceza, exige-se como requisito essencial da decisão do juiz da instrucção, nos termos do art. 134 do Cod. do P. Crim. a exposição summaria e a *qualification legale* do facto imputado ao *prevenu* e pelo art. 232 *l'arret de mise en accusation et renvoie* da camara de accusação deve conter o mesmo requisito.

E como o—*acte d'accusation*—deve expôr o facto e todas as circumstancias que possam aggravar ou diminuir a pena, e por modelo de suas conclusões tem o *arret de renvoie*,nada podendo, como ensina o citado Garraud n. 517, conter de mais ou de menos do que este, segue-se necessariamente que a expressão—*qualification legale*—abrange em seu significado não só a exposição do facto criminoso com suas condições elementares, como ainda com as accessorias influindo sobre a quantidade da pena.

Na legislação italiana a *sentença di rinvio* (art 441 do Cod.) que é a base do *atto d'arcusa* e do julgamento no jury, deve conter, alèm das demais condições enumeradas neste artigo, a exposição do facto que forma o objecto da accusação, a definição do delicto e de suas circumstancias, e a indicação dos artigos da lei applicada, o que F. Puglia expressa pelos seguintes termos :

« *E parimenti deve indicare gli extremi essenziali del reato che forma oggeto dell accusa, e le circostanze che lo aggravano o lo attenuano.*—(*Proc. cit. parte 2ª. Disp. op.n. 3* § 7)

A pronuncia tem a feição de um julgamento preliminar sobre o fundamento da imputação e é dirigida a evitar as accusações precipitadas e temerarias, e o julgamento final não é em substancia, como diz douto processualista, sinão uma repetição, uma segunda edição mais ou menos melhorada e correcta, do processo instructorio.

Comprehende-se, pois, o acerto das exigencias dessas legislações quanto á sentença de pronuncia, que é a base do libello, que por sua vez é o fundamento do julgamento em juizo plenario.

E si é certa a interpretação que se origina da terminologia do texto, é vicioso o projecto na enumeração dos requisitos essenciaes, de que se devem revestir as sentenças de pronuncia.

Mas,si outro é o pensamento contido no texto, harmonico com o espirito geral que domina, pelo projecto, a este e ao terceiro momento do processo, e não diverso das legislações citadas, mister então se faz tornar clara a redacção do artigo, desfazendo-se, por termos explicitos, as obscuridades, que deixei patentes em perfunctoria analyse.

Razão, pois, tinha eu quando ha pouco affirmava : ou o projecto resente-se de grande obscuridade ou contém defeito capital.

Irrespondivel o dilemma.

DO LIBELLO

ARTS. 271 a 275

Reputo deficientes as prescripções do projecto relativas aos requisitos do libello em as relações que deve guardar com o despacho de pronuncia.

Eu quizera que o libello em sua parte legal, e quiçá na mesma litteraria guardasse perfeita conformidade com ja decisão que põe termo á instrucção de processo, não á quanto á classificação do delicto, sinão tambem quanto á determinação das circumstancias attenuantes ou aggravantes que determinassem o grau da pena a applicar-se.

Assim o é pela legislação franceza, onde já o vimos, o *acto d'accusation* a que o *arret de renvoie* serve de modelo nas conclusões, nada pode conter de mais ou de menos do que este, e, si entre elles ha divergencia, é segundo o *arret de renvoie* que são redigidos os quesitos ao jury.

Do mesmo modo pelo direito italiano, conforme as expressões dos commentadores, « l'atto di accusa non deve essere che la riproduzione della sentenza de rinvio, la quale é la base del giudizio innanzi la corte di assise » de tal sorte que, sem embargo da opinião de Casorati. combatida pelo professor Puglia, não é mesmo licito articular no libello circumstancias aggravantes que se não contèm na sentença da secção de accusação.

Poder-se-ha objectar que, sendo uma duplicata da pronuncia, deve ser supprimido o libello ; mas responderemos com o citado Puglia que, ainda assim, é um acto necessario porque com elle o ministerio publico põe em exercicio a acção penal e determina os limites desta.

Ou melhor poder-se-hia realizar o conselho de Lucchini citado n. 292 :

« Ma a chi, perció, ne propugna la soppressione si puó osservare che, per ovviare all' inconveniente basterebbe stabilire che nell' atto d'accusa se riproducesse e inserisse senz' altro la sentenza, fòrmando quindi un sol atto dei due. »

Não parece ser essa a intenção do projecto cujos termos indicam que mirava-se tão somente pôr um termo ás questões que se suscitaram na pratica judiciaria sobre poder o libello apartar-se da classificação do crime, feita no despacho de pronuncia, reduzindo-se a texto positivo as conclusões do brilhante estudo que se vê no direito vol. 5 p 5.

Mas, não deve parar ahi o projecto, e urge pol-o de accordo com as mencionadas legislações.

O projecto guarda silencio sobre a redacção do libello, quando é esse um ponto capital, pois della podem resultar prevenções contra o accusado, o que é sempre de evitar-se.

E' sabido o violento ataque que os juristas inglezes dirigem á maneira porque na França e na Allemanha são redigidos os actos de accusação ; tudo tende alli, diz um delles, a desviar o jury, lançar a perturbação em seu seio,e a obter seu veredicto sem o soccorro da prova.

O fim do libello deve ser unicamente fazer sciente ao accusado do objecto da accusação, e aos jurados do crime imputado ao réo e dos pontos sobre que tèm de deliberar.

Sua redacção, pois, deve ser como se entende na Inglaterra, na Escossia, e na America, e descreve Mittermaier Proc-cit § 14, isto é, um enunciado simples, claro e preciso dos factos e circumstancias, servindo de base a accusação, sem mescla de qualquer supposição, de qualquer apreciação do orgão da justiça.

E isto consigne-se no texto expresso.
Mais sabio é o nosso processo civil.

DAS DILIGENCIAS

ARTS. 281 A 285

Lamento que ainda nesta phase do processo não estejam sufficientemente tutellados os direitos da defesa do accusado indigente, como e tanto quanto o são pelos direitos francez e italiano.

E', de facto, pelo primeiro, uma formalidade essencial e preliminar ao debate o interrogatorio do réo na conformidade do art. 293 e seguintes do Cod. do Inst. Crim. sendo um de seus fins certificar ao presidente do jury de que está o réo munido de defensor, e, caso não o tenha, de ser-lhe designado um *ex-officio*.

Pelo segundo, tambem é formalidade substancial o interrogatorio do accusado nas 24 horas o mais tardar depois da sua chegada á cidade onde deve ser julgado e depois da transmissão dos actos ordenada no art. 455 do Cod. do P. Pen., tendo tambem por escôpo collocar o réo em pé de exercitar no julgamento os seus direitos de defesa (art. 456 e seguintes C. cit).

Tem o instituto dupla incontestavel vantagem.

A primeira consiste em que, investido o presidente no jury desse dever, ver-se-hia livre dos embaraços que, por vezes, se lhe antolham na escolha repentina de um defensor do réo, o que succede diariamente e com maior frequencia nas comarcas do centro, onde constantemente são os julgamentos addiados, porque de prompto se não encontra defensor.

E nisso, não ha negar, vão envolvidos grandes interesses sociaes, e sagrados direitos do réo.

A segunda consiste em que, com esse interrogatorio, não se verificaria aquelle contraste de que falava Mittermaier por muito chocante do direito inglez e que revolta o sentimento publico.

Os defensores do accusado rico submettido a julgamento estão já sufficientemente preparados para defesa no momento em que se abre o debate ; emquanto que, ao contrario, o defensor do accusado indigente, não recebe o acto da accusação sinão no momento preciso em que o debate se vae abrir, e assim, por vezes acontece não estar sufficientemente preparado, ficando dest'arte adstricto aos logares communs ordinarios da defesa.

No nosso direito, a que o projecto cingiu-se, são visivelmente sacrificados os interesses da defesa com a nomeação do defensor quando já installado o Tribunal e nenhum prazo tem para siquer coordenar as idéas. E porque se não melhora esse estado de cousas ?

DA APRESENTAÇÃO DOS PROCESSOS

ARTS 288 a 292

Aberta a sessão do jury ... diz o projecto; mas como ?
Não sendo isso materia puramente regulamentar, é mister que seja regulada nesta lei, como o foi pelo art. 238 do Cod. do Proc. e pelo 399 do Cod. francez.

Carece o direito constituido de reforma neste ponto : a chamada dos jurados por lista, como é pratica, deve antes ser feita, como queria o M. de S. Vicente, pelas mesmas cedulas, na forma do cit. artigo do Cod. francez, o que é de vantagem dupla : o melhor meio de verificação das cedulas, e prova da identidade dos nomes.

Por essa forma, em um só acto, com grande economia de tempo, e com maior exactidão, operavam-se duas formalidades do julgamento, a chamada dos jurados e a verificação das cedulas, e mesmo a sua apuração, pois que então só deviam ser recolhidas á urna as que contivessem os nomes dos jurados, que effectivamente tivessem de servir.

E' esta a pratica ingleza, descripta por Mittermaier nos seguintes termos (Proced. cit. § 24) :

« O primeiro acto pelo qual se abrem as sessões do jury, é a constituição do jury de accusação. O official procede á chamada dos jurados designados. Todos os que estão presentes respondem á chamada, e si nenhuma escusa pedem, seus nomes, á medida que vão lidos, são depositados no *jury box*.»

O mesmo se vê prescripto pelo citado art. n. 399 do Cod. de I. C. que diz, referindo-se á chamada :

« Le nom de chaque juré repondant a l'appel sera deposé dans une urne. »

Quanto basta para patentear a injustificabilidade do silencio do projecto no que concerne á chamada dos jurados, e tambem a inadmissabilidade do seu systema sobre o momento e pratica da verificação de cedulas.

DA CHAMADA DAS PARTES E TESTEMUNHAS

ARTS. 297 A 305

Deixa o projecto insoluvel a duvida levantada pelo Marquez de S. Vicente e concernente á contumacia do rêo: terá logar o julgamento á revelia ?

A legislação italiana admitte o julgamento á revelia do rêo pelo Tribunal do jury nos casos e mediante as formalidades especificadas nos arts. 524 e seguintes do Codigo do Processo Pen. e o mesmo faz o Codigo francez nos arts. 244, 265 a 478.

A lei ingleza, no caso de revelia, prosegue ulteriormente, ainda nos crimes graves ; mas antes disso põe em pratica todas as diligencias necessarias e repetidas para verificar a prisão do accusado, até que por uma sentença declara-o fóra da lei; entretanto, todo esse processo é de uma pontualidade tal que a omissão da menor formalidade basta para annullal-o, como ensina Blakston, citado pelo dito Marquez.

O commentador patrio fala de uma hypothese restricta; mas o contumaz no jury, conforme a propria significação philologica do termo ou derive-se do *tumere* dos Romanos ou do *contemnere*, é sempre um rebelde á lei, contra que insurge-se e a que affronta e ultraja, como os auctores dos menores delictos.

Porque então a differença de condições ?

Porque o julgamento á revelia em uns e não em outros ?

DA FORMAÇÃO DO CONSELHO

ARTS. 306 A 317

Não é esta phase do processo o momento opportuno para a verificação das cedulas, que, como queria o commentador patrio, deve sempre preceder á chamada de partes: em todas as suas disposições as leis criminaes devem não só fazer justiça, mas convencer disso os culpados e o povo.

A razão folga, conclue o mestre, quando vê o cuidado e reflectida attenção, que ellas empregam para assegurar os direitos dos proprios delinquentes.

Por muito discutido, não devo insistir no assumpto.

Nos estudos theorico—praticos sobre processo penal de F. Manduca, opina-se que o melhor systema de recusas é o das motivadas ; evitar-se-hia assim as recusas de complacencia, de favor, que não são poucas, e que tendem a afastar do jury os melhores cidadãos ; acabar-se-hia com o escandaloso systema de intrigas para obter um jury, constituido de ignorantes e immoraes.

Não acredito na verdade desta doutrina, nem as conveniencias de uma recta administração da justiça, nem o ensino da legislação comparada parecem aconselhar a sua adopção.

A recusa peremptoria já nos vem da legislação romana : *sors et urna fisco judicem assignat ; licet rejicere, licet exclamare : Hunc nolo*, escrevia Plinio.

O direito canonico, seguindo o systema romano, adoptou a recusa motivada para os verdadeiros e proprios magistrados, como se vê em a Novella LXXXVII cap. 2.

Na Inglaterra é admittida a recusa motivada absoluta — *challenge to the array*, a peremptoria e a motivada, como ensina Mittermaier cit. § 23.

Na Escossia, o accusado e o accusador podem exercer cada um cinco recusações peremptorias, de maneiras, porém, que só dous jurados especiaes possam ser recusados (sabe-se que o jury ahi se compõe de 15 jurados: dez da lista dos jurados communs e 5 dos especiaes). Fora dessas recusações, o accusado e o accusador podem ainda recusar um jurado por causas determinadas. Não é admittida a recusação da lista inteira.

Na America do Norte tem logar a recusação peremptoria e a motivada. A lista inteira do jury *pannel* pode tambem ser regeitada mediante a prova; seja do não cumprimento das formalidades prescriptas pela lei, para a formação das listas, seja da omissão voluntaria da parte dos «sherif» de um ou mais jurados tirados da primeira lista. (Mittermaier cit. § 23).

Segundo a vigente legislação franceza a recusação não pode ser sinão a peremptoria, como se vê em Helie Proc. pen. § 603.

Na Belgica as recusas são todas peremptorias.

O Cod. do Proc. Pen. Germanico nos arts. 278, 280, 281 e 282, que regem a fixação do jury de julgamento composto de 12 jurados, reconhece a recusa peremptoria, como a do imperio austriaco.

A organização das recusações, segundo a legislação vigente na Italia, se funda sobre os seguintes criterios juridicos:

Concurso da recusação peremptoria com a motivada;

Limitação dellas ao numero de dezeseis jurados;

Egualdade entre as partes na medida das recusas.

(*Vide Mauduca cit stud 2*).

Como se vê, quasi todas as nações civilizadas, como a nossa, admittem recusação peremptoria, em cujo favor militam ainda os conceitos que expende o Marquez de S. Vicente cit. sob n. 228, e mais as considerações de que a recusação motivada unica exigiria longo tempo para a motivação e deliberação, e gera susceptibilidades nos jurados recusados, e que podem lançar prevenções no espirito dos proprios não recusados; o que sem duvida é em grave damno dos interesses sociaes.

Mas ha alguem por ahi que se atreva a negar a verdade pratica, que se encerra nos elevados conceitos do eminente substituto Procurador Geral da Corte de Appellação de Napoles?...

E não é licito despresal-os, porque ha grandes interesses da sociedade a tutellar na regulamentação deste instituo.

Para obviar, quanto é possivel, os inconvenientes que aponta o cit. auctor, parece-me mais adequado o systema

ossez de que se approxima o projecto do processo penal

inglez de 1878, regeitado o nosso actual systema mantido no projecto.

Não basta attender aos interesses do accusado, é mister cogitar com esmero dos direitos sociaes.

A lei do progresso é lei de moralidade e de justiça.

E é immoral, diz o cit. auctor, é injusto considerar systematicamente o réo como uma victima e o offendido, o prejudicado, como um calumniador, e o Estado como um carrasco.

Outra reforma, que se deveria operar, é concernente ao exercicio das recusações, abandonado o actual systema, cuja inconveniencia, já de ha muito sentida, pode ser attestada por quantos lidam no fôro criminal.

Na Italia as accusações se fazem a portas fechadas, excluidos o publico e os jurados, em presença do accusador, e do accusado, assistido de seu defensor que lhe completa a personalidade juridica, como diz Puglia proc. .cit. p. 2, Disp. sp. § 10.

Em França as recusações se fazem contradictoriamente entre o accusado e o procurador geral, pode o defensor assistir, mas não é necessaria a publicidade da audiencia, conforme o art. 399 do Cod. de I. C. e vê-se explicado em Garraud. n. 520.

Com estas prescripções miram as citadas legislações evitar susceptibilidades, sempre prejudiciaes, por parte dos jurados.

Poder-se-hia, em vez disso, adoptar a pratica aconselhada pelo Marquez de S. Vicente, a saber, dar-se a cedula, sem ler successivamente ás partes; para que vejam qual o sorteado, e declarem si o recusam sem expressar seo nome, que será lido sómente quando não recusado, o que, além d'aquella vantagem, tem tambem a de dar ás partes occasião de certificar-se da verdade ou identidade dos nomes dos sorteados, e impossibilidade do engano ou abuso do escrivão que as lê!

Finalmente, porque não sortear-se os jurados adjunctos do art. 394 do Cod. Francez para os impedimentos repentinos, ou quando parecem dever ser longos os debates?

Pelo art. 39 da lei italiana de 8 de junho de 1874, além de 14 jurados destinados para o julgamento da causa, são sorteados, mais dous chamados — supplementares.

Não parece que sejam para desprezar-se taes ensinamentos.

DO INTERROGATORIO, LEITURA DO PROCESSO, DEBATES E PROVAS

ARTS. 318 A 324

O eminente Pessina, referindo-se à essencia do julgamento pelo jury descreveu-o nos seguintes termos :

« O exame dos resultados da investigação preliminar pelo magistrado julgador tem por presupposta necessaria a antithese das partes contendoras, que são o accusador e o accusado ; tem por materia a prova, que é o que torna certa a verdade, tem por forma necessaria a luta entre as razões do accusador e as do accusado. »

D'ahi deduz F. Puglia as seguintes consequencias:

1.· Não não ha julgamento penal sem o dualismo da accusação e da defesa, e ninguem pode ser condemnado sem que sejam ouvidas suas razões ;

2.· Que essa luta deve ser feita de modo que o juiz possa examinar immediatamente e por si as provas e fundar sobre ellas o seu pronunciado ;

3.· Que esta luta e o exame de todos os elementos, sobre que se funda a sentença do juiz, sejam feitos perante a consciencia social mercê a publicidade do debate, afim de que a obra do juiz tenha um curso na consciencia publica, que é o verdadeiro juiz e que deve ser tranquilizada pela reintegração da ordem juridica ;

4.· Que todo o julgamento deve ter fim com uma pronunciação do juiz, que resolva a antithese em uma synthese, que afirma o direito negado pelo delicto.

Da publicidade do terceiro momento do processo e da necessidade de examinar o juiz, immediatamente e por si, os elementos probatorios, resulta a oralidade como condição essencial, principio fundamental do debate, por cujas impressões se forma a consciencia do juiz popular.

As legislações mais adiantadas, e que têm a exacta comprehensão da instituição do jury, consagram o culto o mais completo á verdade desse principio, perfeito postulado da sciencia.

Assim Garraud cit. n. 521 descreve o estado da legislação franceza no que concerne á oralidade da instrucção perante o jury pela fórma seguinte :

«Elle est orale ; c'est á dire, que les preuves sont soumises au jury dans leur source originale et immediate, et nona travers les procés-verbaux de l'instruction preparatoire. Mais l'oralité des debats n'est pas absolue : elle n'exclut point la production des pieces ecrites, a la condition cependant que l'exposé oral de ce qu' elles contiennent precede toujours leur lecture, lorsque c'est possible. C'est par l'application de cette idée que la lecture de la deposition ecrite d'un temoin et du rapport ecrit d'un expert

avant le temoin ou l'expert, presente a l'audience,aient eté entendus, serait une cause de nullité de la procedure. La loi interdit egalement de remettre aux jurés, au moment oú ils vont deliberer,les depositions ecrites des temoins (art. 341).

Na legislação italiana, a oralidade do debate é condiçãa essencial, e, por isso, diz L. Lucchini cit. op. n. 283, e, para maior efficacia do principio, os resultados escriptos da instrucção devem ser deixados, quando possivel,de parte; toda a ingerencia e influencia que se lhe attribuisse seriam em detrimento natural da oralidade e das garantias processuaes que a ella se referem.

E' assim que o art. 281, n. 2, prescreve « ché il cancelliére dia lettura dei rapporti e dei verbali relativi alla causa » excluidos d'est'arte os depoimentos escriptos.

Ao principio da *oralità* só se fazem excepções nos casos de impossivel actuação, como quando é impossivel reiterar os actos, quando a testemunha é morta, etc. (*V. F. Puglia — Proc. cit., parte 2.ª, Disp gen §§ 2 e 12*).

Não é diverso o systema inglez e escossez, segundo o qual os jurados não devem basear seu veredictum sinão sobre o que resulta dos depoimentos das testemunhas ouvidas na audiencia publica.

E' principio fundamental, diz Mittermaier, que não póde ser invocado no debate o que se passou na informação preparatoria, nem se permitte na audiencia a leitura do depoimento de uma testemunha préviamente ouvida ante o juiz de policia, mas que não compareceu no debate, salvo o caso em que se oppõe á testemunha que acaba de depôr nos dabates suas precedentes declarações na informação preparetoria e quando ha o *statement* (*Proc. cit.* § *24*).

Pois bem. Quando é este o postulado da sciencia, sanccionado pelo ensino da legislação comparada, o que faz o projecto ?

Destroe pelos alicerces o principio da oralidade do julgamento, aliás um corollario da publicidade, que havia elle mesmo estabelecido nesta phase accusatoria do processo, emquanto prescreve :

Leitura de quaesquer peças do processo, sob a condiccional da apresentação pelo juiz ou da indicação pela parte ;

Inquirição, *si o requererem as partes ou fôr exigido por algum dos jurados* ;

Escripta resumida dos depoimentos de 2 testemunhas, nos termos do art. 106.

O que em synthese quer dizer o projecto : pelo meu systema a consciencia do jurado, o seu veredicto não se forma pelas impressões do debate oral, podem se assentar tão sómente no processo escripto, desde que a inquirição não fôr requerida pelas partes, ou exigida pelo juiz, ou desde que haja o resumo de 2 depoimentos nos autos, que dispense o comparecimento de testemunhas.

Sim, direi : eu quero crer na efficacia e sabedoria de vossas reformações ; mas lembrae-vos de que ante a frequencia e rudeza de tantos golpes, não pode permacer de pé a instituição do jury, que o pacto fundamental nos legou.

Podeis organizal-o como melhor aconselhe o vosso saber, mas não tendes o direito de destruil-o pela deformação a mais radical.

E outra consequencia não resulta de vossas prescripções.

DOS QUESITOS

ARTS. 325 A 333

Era nesta phase de julgamento que tinha logar o resumo do juiz e presidente, por cuja restauração trabalham auctoridades do merito da magistratura do Estado.

Eu, porem, pertenço ao numero dos abolicionistas, mesmo talvez porque entendo como Bonneville, illustre magistrado e publicista, que « um resumo perfeito é a tarefa mais ardua, que se possa impor á intelligencia e á consciencia de um homem honesto».

Este instituto já está no periodo do occaso ; nas legislações da Belgica, de Genebra, de Wand, de Newchatel, já não se o considera necessario nos juizos populares.

Na França, depois de longa e ampla discussão na Camara dos Deputados e no Senado, foi o resumo aboiido pela lei de 19 de junho de 1881, e na propria Inglaterra não é um elemento necessario do processo, pois, como affirma Mittermaier—op cit. § 25, não é raro o caso em que os mesmos jurados, apenas encerrado o debate, convidam o presidente a omittir aquelle acto, como superfluo, por se acharem já de accôrdo na resolução de pronunciar o veredicto de não culpabilidade.

Na italia, já a commissão da Camara dos Deputados, instituida para emittir parecer sobre o projecto de reformas do processo penal apresentado a 31 de maio de 1880 pelo Ministro Villa, propoz a suppressão do resumo presidencial, limitando os deveres do Presidente,a lembrar aos jurados os seus deverese as penas legaes contra os que os trahem, acabando-se por adoptar o systema ecletico de Mancini (*Vid. Manduca op. cit stud 2*).

O resumo, de facto, si nada accrescenta á accusação e á defesa, é um acto inutil ; e ainda assim, está nas forças do magistrado fazel-o tal como queria Berriat Saint-Prix, isto é, conciso, exacto, claro, util, simples, leal, firme,humano?...

Mesmo assim, diz o cit. auctor, elle não será imparcial ; não sera aquella palavra nûa, descarnada e simples, como a da verdade requerida por Vigliani.

Si qualquer cousa addiciona á defesa ou á accusação, então é um acto perigoso, que auctoriza a conclusão do deputado italiano Bofferio : si até então condemnavam ou absolviam muitos juizes com votos complexos, agora quem condemna ou absolve é um só com voto unico, o presidente.

Humilde não obstante, o meu parecer é pelo direito vigente mantido pelo projecto.

Assim, porém, não me expressarei com relação á materia de quesitos ; perfeitamente regulado estava pelo direito constituido, completado pelas licções da jurisprudencia, e o projecto, muito querendo reformar, naufragou completamente em meio dos escolhos, que o cercam.

Não é de facil actuação o aphorismo—*de jure judices, de facto judicant juratores*,— e por isso disse Garraud, do mesmo modo que a redacção da *formula judicii*, isto é, da instrucção dirigida por escripto ao juiz e fixando o objecto do litigio, era, para o magistrado romano, a parte mais delicada de sua missão, assim a redacção dos quesitos não é a menos delicada das funcções do Presidente do Jury.

Abandonado o systema inglez, embora a superioridade incontestavel, por incompativel com o estudo, rudimentos da instrucção no Estado, é no systema francez, nos seus auctores, nas liçcões da sua pratica judiciaria que devemos procurar ensinamento sobre o assumpto.

Temos em frente tres problemas a resolver : que quesitos podemser submettidos ao jury ? Em que forma ? Em que ordem? Com referencia ao primeiro,não posso de todo applaudir as reformações do projecto na parte referente ás questões a formular-se.

Assim, aboliu o projecto a faculdade (sinão dever), que tinha o juiz de formular quesitos sobre circumstancias aggravantes que resultassem dos debates, embora não articuladas no libello.

Mas estas circumstancias só influem sobre a quantidade ou medida da pena, em nada mudam a indole do delicto, pelo qual responde o réo, a quem desta arte se não faz sorpresa alguma, do mesmo modo que aquellas que influem para diversa *qualificação do mesmo facto material*, sobre as quaes impõe o projecto ao juiz o dever de formular quesitos, nos termos do art. 225 n. 2.

Porque auctorizar-se quesitos em uma hypothese e não em outra quando a pratica de tantos annos no paiz e em França não accusa inconveniente algum do systema contrario, aliás mais conforme com a indole do debate oral, não adstricto ao processo escripto ?

O projecto supprimiu o quesito generico sobre circumstancias attenuantes, e manda que sejam os jurados questionados sobre aquellas que forem allegados pela defesa.

Não vejo motivo para eliminar-se uma disposição fundada em equidade a mais visivel e, a prevalecer o systema, deve

auctorizar-se o quesito sobre a circumstancia attenuante, que resultar dos debates, sendo applicaveis as considerações acima expendidas.

Pelo art. 327 o juiz de direito fará quesito sobre a circumstancia dirimente da criminalidade ou justificativa do crime, *si o réo allegar*; mas si não for allegada e resultar não obstante dos debates ?

Pela legislação franceza, é dever do presidente formulal-o, como se vê em o citado Garraud n. 529, e o mesmo está consagrado pela jurisprudencia patria, como consta do Direito volume 32 pag. 354, e 34 pag. 38.

Tratando-se da materia das questões que devem ser dirigidas ao jury do julgamento, devera a secção conter expressa referencia ao art. 400 que a ella se refere.

O questionario sobre as questões subalternas, influindo sobre a classificação do crime, era de dever do juiz, embora a lei só fosse expressa com relação ás circumstancias aggravantes, e isto foi canon pacifico de jurisprudencia, como se vê no Direito vol. 32 p. 359 e 360, 50 p. 499, 5 p. 198 ; 27 p. 101.

Cumpria, pois,com relação a este primeiro ponto, respeitar o direito existente, e quando muito reduzir a texto, o que, por não expresso, foi declarado pela jurisprudencia.

Não menos infeliz foi o projecto na resolução do segundo problema, que versa sobre a formula das questões, emquanto seguiu os traços do systema, que primeiro se ensaiou em França.

São conhecidas as phases porque neste paiz passou a questão.

Segundo a legislação de 1791 e o Codigo do brumario,ligado a este respeito pelo art. 250 da Constituição do anno III para evitar toda a complexidade, eram os factos sabiamente analysados e decompostos em seus elementos os mais simples.

A experiencia, porém, foi-lhe desfavoravel, demonstrando, além do mais, o vicio de perderem-se os jurados em um dédalo de questões, dando respostas incoherentes e contradictorias.—(*V. Garraud. ut. n. 529*).

Para evitar o inconveniente instituiu-se o systema da questão *unica e complexa* dos arts. 337 seguintes do Codigo de 1808 que, abusando do methodo synthetico, punha o jury na impossibilidade de declarar o seu pensamento e a côrte de conhecel-o com exactidão.

1 Por isso, e em via de consequencia, veiu o systema da pei de 13 de maio de 1836, que prohibiu as questões complexas versando sobre *muitos factos puniveis, ou um facto punivel, ao mesmo tempo sobre um facto que attenúa, modifica ou aggrava* a criminalidade, mas todos os *elementos constitutivos* da infracção são reunidos em uma questão unica e geral. sendo facultativa a divisão do facto principal ou de uma circumstancia aggravante em muitas questões, sem

que seja modificada a accusação, tal como resulta do libello ou dos debates.

(*V. Garraud cit. n. 529*).

E' este o systema que está adoptado entre nós, contra o qual sóse pode allegar que facilita as annullações repetidas de julgamentos, mas, esse defeito, direi com Puglia, é inherente á instituição.

E acaso removerá a difficuldade o systema adoptado pelo projecto ?

Absolutamente não, porque elle abusa do methodo analytico, amontoando complicações,questões sobre questões, difficultando a obra da justiça.

O grande problema é evitar-se a complexidade, isto é, a reunião de dous capitulos de accusação, distinctos e independentes um de outro, o que exclue as questões cumulativas ; a questão applicada a mais de um réo ; a reunião com o facto principal de uma ou mais circumstancias aggravantes ; a reunião de duas aggravantes, emfim, a reunião de uma escusa ou do decernimento com o facto principal ou uma aggravante.

E neste ponto, o nosso direito provê com a maior sabedoria, nada invejando ás legislações mais previdentes e adeantadas.

Não é tempode devolver-se ás partes a formulação do questionario no jury, como querem Bar, Walter, Borsani, Casorati e Lucchini, e está adoptado no regulamento do processo penal de Brunswick, de 12 de agosto de 1849?

Deve a reincidencia ser objecto de quesito ao jury ?

A lei de 28 de junho de 1867, para os Estados germanicos, no § 326 estabelecia que á Côrte e não aos jurados compete deliberar si concorrem a reincidencia e a prescripção.

E F. Puglia a justifica, dizendo que a reincidencia é uma questão strictamente juridica, que não pode ser traduzida em uma questão de facto, porque o facto em tal caso não é outro que não o exame do delicto, de que o accusado é reconhecido culpado no julgamento perante o jury, em relação com outro ou outros delictos porque fora anteriormente condemnado, para ver se concorrem os elementos da lei, que tornam possivel a reincidencia.

Digno de meditação.

DA SENTENÇA

ARTS. 334 A 340

Contrario formalmente o systema do projecto quanto á fixação do numero de votos precisos para formar a decisão do jury, e desprseando o regimen do art. 332 do Cod. do Proc. do art. 66, da lei de 3 de dezembro de 1841, sou adepto da « lei tão logica e tão racional da simples maioria. »

Em França, depois de haver experimentado de tudo, desde a unanimidade ingleza á maioria consideravel, chegou-se a proclamar em texto a verdade da lei da simples maioria: *la decision du jury, tant contre l'accusé que sur les circonstances attenuantes se forme a la majorité*, diz o art. 347 do Cod. modificado pela lei de 1853, e é este o actual regimen.

Na Italia, tambem vigora o mesmo systema e a lei impõe ao presidente do jury o dever de escrever o resultado da votação á margem da questão, sem expressar o numero de votos e indicar que a deliberação foi tomada por maioria, ainda que houvesse unanimidade de votos, salva a hypothese de maioria simples de 7 votos sobre o facto principal, caso em que se fará particular menção Art. 503 do Cod. e P. Pen.

Tambem na Escossia vigora a simples maioria, e na Allemanha onde se exige a maioria de dous terços, ante as camaras criminaes do Tribunal Regional (art. 362 do Codigo Processo Penal) só exige-se a maioria de mais de 7 votos ante o tribunal do jury (arts. 307 cit.)

A unanimidade exigida pelo projecto só se poderia explicar no dominio de uma lei, que admittisse a pena de morte, que é um absurdo scientifico, mas não em uma legislação, que contém as penas mais benignas, pois a cellular está de facto nullificada.

Sobre ser mais logico e racional, segundo a expressão de Garrau d, eter por si a sancção de legislações as mais adeantadas, o systema da simples maioria torna mais livre o suffragio individual e garante os jurados contra eventuaes represalias e vinganças, pois que então não se expressa o numero de votos sobre cada questão, como se faz em França e na Italia. (*V. Ortolan — Droit., Pen. 2. tom. n. 2.325, Lucchini — Elemento de Proc. Pen. n. 344*).

A benevolencia do jury de um lado, a sua repugnancia em levar a pena ao maximo da lei, e por outro lado essa unanimidade de votos do projecto, tornam quasi impossivel a applicação da maior pena restrictiva da liberdade, nullificada d'est'arte a lei substantiva pela adjectiva.

Bellezas das reformações da época...

DO PREPARO E JULGAMENTO DO PROCESSO SUMMARIO

ARTS. 350 A 364

Percorrendo-se os relatorios do Ministerio da Justiça, os pareceres da Ordem dos Advogados e da magistratura emittidos em cumprimento do aviso circular de 30 de maio de 1876, e as publicações da imprensa, deprehende-se que os tribunaes correccionaes foram instituidos pelas seguintes razões fundamentaes :

A celeridade dos julgamentos dos pequenos delictos, embaraçada de um lado pela execução das formulas solemnes

do processo ordinario e de outro pelas delongas das reuniões periodicas do tribunal do jury; a necessidade de alliviar a este do peso de excessivo trabalho, resultante dos julgamentos de crimes tão communs, o interesse e direito da parte, sujeita por vezes a prolongadas e inuteis detenções preventivas, e finalmente, as exigencias sociaes concernentes a uma justiça prompta e com acerto e a effectiva punição dos crimes de menor gravidade.

Como se vê, o inconveniente que se procurou evitar é relativo principalmente ao julgamento e por isso, queria o conselheiro A. e Castro que a innovação só a elle se referisse, mantidas as formulas actuaes de processo, que si, bem longas e complicadas, asseguram a instrucção regular e são outras tantas garantias, que não podem ser dispensadas a bem da justiça e das partes interessadas na decisão da causa. (*Direito XXVIII, 5*).

Eu applaudo até certo ponto esse modo de pensar, tanto mais digno de ser adoptado quando é certo que um dos grandes intuitos da reforma do processo criminal é tornal-o tão simples quanto possivel, mas de modo algum justificarei a pronuncia, porque como diz o conselheiro A. Araripe nas observações sobre o seu projecto, é um gravame que acarreta a prisão ou a fiança e portanto só se justifica nos crimes de grande importancia.

Vê-se assim a distancia que me separa do projecto, pois este em quasi nada altera o direito vigente, que, á força de querer simplificar, creou taes complicações no modo de citação, no processo da audiencia, que na maioria das comarcas do Estado, entre as quaes não se faz um processo regular, porque os juizes leigos, (que são em maioria) não as entendem.

Já não basta a calamidade da instituição, que veiu estabelecer uma inconstitucional amnistia aos pequenos crimes; é mister complicar o processo, dar ensanchas a mil nullidades de julgamentos, emfim plantar a anarchia no solo abençoado do Estado pela desorganização da sua justiça...

« Lido o processo, interrogado o réo, serão as partes ouvidas, si quizerem, e poderão inquerir testemunhas si as tiverem offerecido », são textuaes palavras do projecto.

Porque ? !... Onde foi parar a oralidade, que é da essencia do jury e o jury, que é instituto da Constituição?

Eu não posso comprehender que especie de jury é essa, sem dualismo de accusação e defesa sem provas oraes, que formem a convicção do juiz, sem debates, sem mesmo o veredicto tal como deve scientificamente ser firmado pelas *impressões* do debate oral.

Tão pouco posso entender porque diversidade na formula dos quesitos, tratando do jury e do tribunal correccional, quando ambos têm a mesma natureza e indole.

A simplificação do processo nunca pode ser feita em detrimento da justiça, dos dous interesses fundamentaes do processo.

Mas, si a formula simples do projecto satisfaz ás exigencias da justiça social, porque não estendel-a aos quesitos do grande jury ?

Qual dos dous systemas de quesitos é o verdadeiro, os dos arts. 325 e seguintes, ou o do art. 362 ?

Ambos estão adoptados, e, por isso. é presumivel que sejam verdadeiros, mas então devia o projecto adoptar o do art. 362 para o grande jury, porque d'est'arte se attenderia mais á simplicidade, que é um dos requisitos do processo.

O vogal é tirado do seio dos proprios jurados, mas deliberam 4 quando o conselho do jury se compõe de 8, e portanto deve se presumir neste maior somma de capacidade.

No entanto, nos quesitos do jury se offerece a julgamento pura figura do facto, e nas questões do tribunal correcional se offerece á deliberação, além do facto principal uma uestão generica sobre culpabilidade, onde vae até envolvivida a figura, o direito, e cuja solução exige conhecimentos technicos e especiaes.

E' isso justificavel ?

Eu reputava um mal essa justiça correccional em Minas, e a pratica veio confirmar o meu juizo ; mas hoje, sem juizes substitutos que presidam os taes tribunaes emphaticamente chamados populares, sem processos regulares, e tal como o regulamenta este projecto, ella toma ante meu espirito de magistrado, anhelando pelo triumpho do direito, as proporções de uma verdadeira calamidade social.

DO PROCESSO DAS FINAÇAS

ARTS 377 a 385

No ponto de vista em que me colloquei ao analysar a parte material do projecto relativo a este incidente, não é possivel que, por via de logica consequencia, deixe de taxar de deficiente e defeituosa a parte formal contida nesta secção.

Admittida a caução pessoal e estendida a real além do que se contém no projecto, e consta do respectivo capitulo, faz-se mister nova e adequada regulamentação do processo da fiança.

Mero corollario dos principios estabelecidos.

DO PROCESSO DAS EXCEPÇÕES

ARTS. 386 A 399

A idéa fixa do illustrado auctor do projecto de simplificar sempre as formulas processuaes levou-o, no processo das excepções, á completa nullificação da parte material, em vista da manifesta insufficiencia dos prasos fixados.

No determinar os termos do processo, diz Mattirolo, deve o legislador procurar conciliar duas exigencias diversas: de um lado conceder ao réo um tempo sufficiente para poder regularmente comparecer e preparar os seus meios de defesa, de outro prover a que não se torne excessivamente prolongada a definição da controversia.

Preoccupando-se demais com o segundo destes escopos, esqueceu-se do primeiro o projecto, estabelecendo um praso de 48 horas para exhibição de provas e outras tantas para audiencia das partes, o que por insufficiente, é prejudicial s pa rtes e aos interesses da justiça, que nas excepções se env olvem.

Pelo direito vigente concedem-se tres dias ao juiz recusado para responder, até 5 dias para provar e mais 24 horas para allegações ás partes, e isto não veiu de modo algum em detrimento da celeridade do processo.

Preferivel, portanto, o regimen dos arts. 250 e seguintes do regulamento n. 120 de 1842.

DO PROCESSO DOS RECURSOS

ARTS. 403 A 461

Creado o recurso no interesse da lei, como mostrei de conveniencia para uniformidade da jurisprudencia e a applicação regular do direito, far-se-ha preciso completar este titulo do projecto com disposições que regulem a forma do respectivo processo.

Si o processo deve por egual attender, tanto ao interesse da repressão do crime como ao que tutella a innocencia, ambos tendo o caracter eminentemente social, mal se entende a desegualdade, em que se acham pela lei, o accusador e o accusado quanto ao recurso do protesto.

Não avento proposição extranha e original. Desde 1870. nos seos *Studi giurudico-economico-sociali* — trabalha F. Manduca pela egualdade entre o accusado e o ministerio publico na faculdade de appellarem do juizo do povo para o proprio povo, ou a revisão do veredicto.

Dezesete annos depois, quando publicou o seu trabalho *Studi theorico-pratici sulla procedura penale* — annunciava

que os estudos e a experiencia dos negocios publicos neste ramo de serviço só haviam confirmado mais a sua intima convicção.

E não se acha elle isolado.

O Presidente da Corte de Appellação de Lucca, Cesarini, propoz em 1873, quando membro da commissão presidida pelo senador Conforti e creada pelo Ministro Vigliani com o Dect. de 23 de julho de 1873, a revisão do veredicto, a cujo respeito escreveu :

« Non è un altra giurisdizione, che sindaca il verdetto, na la stessa populare coscienza. Io non comprendo, perchè la legge dovesse unicamente tutelare l'accusato, e lasciare scoperta e indefesa la societá, quando appunto gl'inconvenienti, che si lamentano nel Giuri odierno, non derivano dall'esorbitanze delle condanne, ma dagli scandali delle assoluzioni. »

Do mesmo parecer é o douto magistrado C. Municchi no seu trabalho — *Relazione statistica dei lavori compiuti nel Distrette della Corte d'appello di Milano, n'ell'anno 1885,* pags. 91 e 92.

A nimia condescendencia do jury, a eloquencia dos defensores, as impressões favoraveis ao réo, determinam erros funestos, convicções momentaneas que levam ás absolvições escandalosas, contra as quaes clamamos desapiedadamente.

No emtanto,contra as communações,quesão raras,concedem se mil recursos, em protecção ao criminoso, o inimigo que urge combater, e para os casos das absolvições vergonhosas nega-se tudo.

E' a sociedade cavando o proprio sepulchro...

Concedamos tambem ao accusador o recurso do protesto, regulado com as precisas e calculadas cautelas, para que se não diga, como eximio publicista :

«Os beneficios sempre para o delinquente, nunca para o offendido ou para o Estado que tem o direito de existir !»

Sem duvida que o objecto e o fim do *habeas-corpus* é a protecção e defesa da liberdade pessoal, e tão sabiamente é regulado este instituto em sua parte substancial.que nenhum cidadão pode neste paiz temer o arbitrio, ou a violencia, mesmo nas épocas mais tormentosas, em que a magistratura, honrando as tradicções da classe, ergueu-se e ha de erguer-se sempre ante os tyrannetes de qualquer especie para affirmar a effectividade das garantias constitucionaes.

Quando eu penso nos factos, que se têm desenrolado no solo da patria ; quando reflicto sobre a attitude olympica que assumiram os magistrados brazileiros na defesa e protecção da liberdade individual, onde quer que fosse opprimida, sinto prazer intensissimo em ser o mais humilde da classe, e, mais que isso, o orgulho nobilissimo de ser parte da communhão brazileira.

Mas, o caracteristico especial do *habeas-corpus* não está na protecção da liberdade individual, porque outros institutos processuaes encaminham-se ao mesmo fim, mas consiste em fazer cessar de *prompto* e *immediatamente* a prisão ou o constrangimento illegaes, ou a ameaça deste.

E' por isso que sua parte formal aparta-se das regras geraes e communs de direito, e deve-se evitar qualquer formalidade que embarace de qualquer forma a consecução daquelle *desideratum*.

Ora, nestas considerações se acham as exigencias dos arts. 442 e 416 do projecto, tratando-se do processo do recurso no Tribunal da Relação.

Como, de facto, exigir-se do carcereiro da Bòa Vista, Januaria, Paracatú etc, etc., sob pena de prisão, verificados os casos restrictos do art. 446, que venha a juizo apresentar o paciente e dar as razões porque o detem ?

Pobre, como é, todo o carcereiro, não pode supportar as enormes despesas de tão longa viagem, as quaes o Estado não paga ; o serviço publico soffre com a ausencia de mezes do empregado, e o proprio paciente não vê de *prompto* e *immediatamente* decidido o seu recurso, contra os intuitos da lei.

O mesmo facto deu-se na Inglaterra com os pedidos deste genero, vindos dos condados e submettidos á Corte de Londres, e a este respeito escreveu Mittermaier :

« Em face dos dispendios que accarretaria a necessidade de ser o paciente conduzido a Londres, a pratica judiciaria admittiu um expediente mais simples. Em simelhantes casos pedida o ordem, em nome do accusado, por um advogado de Londres, a Corte envia uma commissão rogatoria aos condados para o effeito de colher mais amplas informações sobre o estado do negocio. Tomadas estas informações e depois de um curto debate, a Corte profere sua decisão, sendo dispensada a conducção do paciente a Londres,—(*Proc. Crim. cit. § 10 let. D.)*

Não sei si as nossas condições permittem a adopção desse expediente, mas o que é certo é que é preciso admittir algum, como fôra a audiencia do carcereiro no proprio fôro da prisão e o interrogatorio do paciente, medeante precatoria, ou mesmo, conforme as circumstancias, no fôro da comarca visinha ou districto.

Si prevalecer a disposição do projecto será mais uma lei de *lettras mortas*, como tem sido até hoje ; hade de dar-se o que se deu nesta comarca.

Tendo o Tribunal da Relação ordenado que o carcereiro da cadèa desta cidade levasse á sua presença um preso que havia impetrado soltura por *habeas-corpus*, veiu elle pedir me que lhe desse norma de certidão de não cumprir o mandado, por ser muito pobre, e não poder viajar cento e tantas leguas a pé.

Ponderei-lhe que aquillo não era excusa legal e que, pela Lei, estava sujeito á prisão si não cumprisse a ordem incontinente, ao que replicou-me com santa ingenuidade :

«Pois Excellencia, (assim elle me trata) ha lei que mande matar os velhos como eu, ou mande mendigar um pão para poder cumprir deveres ?»

E o velho tinha razão: redigiu-se a certidão e o Tribunal nada observou.

A velhice, posto ignorante, tem destas logicas terriveis...

DOS ACTOS DA POLICIA JUDICIARIA

ARTS. 488 A 503

Depois de tão largas considerações expendidas sobre o desenvolvimento do processo escripto, os actos e incidentes da formação da culpa, julgo excusado insistir nas normas geraes, que devem necessariamente se reflectir sobre os actos da policia judiciaria.

A fiança, a prisão, as buscas, o corpo de delicto etc., não podem deixar de obedecer, em seu desenvolvimento, aos principios geraes, aos canones consagrados para toda a obra processual em conjuncto.

DOS ACTOS DA POLICIA PREVENTIVA

ARTS. 504 A 524

Cuido que é muito difficil estabelecer uma conciliação qualquer entre as disposições preventivas do projecto e as medidas repressivas do Cod. Pen. em materia de vadiagem, ao tempo em que devem andar sem attritos, completamente harmonicos.

Realizado o facto concreto e resultante dos extremos determinados e constantes do art. 504 n. 1. está o seu auctor sugeito á medida preventiva policial do termo de bem viver em que a auctoridade poderá comminar a multa até 100$, ou a prisão até 90 (?) dias ..nos termos do art. 510.

Mas, collocado nesta situação anti-juridica, o individuo tem incorrido tambem em contravenção punivel com as penas de 15 a 30 dias de prisão cellular, e de assignatura de termo de bem viver, nos termos do art. 399 do Cod. Pen.

Note-se a differença, de natureza capital, que existe entre as prescripções, sempre sabias, do Cod. de 1830, e as disposições, sempre *muito pessimas*, do Cod de 1890, em assumpto de vadiagem.

Por aquelle, a vadiagem só era delicto, nos termos do art. 295, e legitima e justa a penalidade, verificado, que fosse, o

despreso formal á advertencia da auctoridade publica, disposição esta bebida nas licções de M. Freire e elogiada pelo commentador do Cod. Portuguez, art. 256, o illustrado conselheiro Ferrão.

Pelo segundo, supprimida esta clausula, a ociosidade ou vadiagem é um delicto em si mesmo—*par ce seul fait*—na expressão do Cod. Francez, fonte do que em má hora nos outorgaram.

Como se vê, emquanto pelo primeiro a penalidade só se tornava effectiva, esgotados os meios preventivos por parte da auctoridade publica, pelo segundo o proprio facto faz incorrer o contraventor nas penas da lei,sem que seja possivel lançar a auctoridade mão do seu magisterio preventivo.

Mas, si assim está estabelecido na lei substantiva, manietados os braços á lei adjectiva, como vem o projecto obrigar o contraventor á assignatura do termo de bem viver que, só depois de quebrado, dará logar á imposição da pena?

A antinomia não póde ser mais evidente, termos em que não saberá o executor de amanhã, em que lei se ha de fundada para agir em especie, si na lei de fundo da União, si na de fórma do Estado.

Não paro, porém, ahi : vou observar a situação do agente da contravenção.

Terá elle de soffrer pelo facto unico :

1.· A medida da assignatura do termo de bem viver, em conformidade com as disposições do projecto ;

2.· A pena de prisão cellular de 15 a 30 dias, segundo o art. 399 do Cod. Pen.

3.· Nova assignatura do termo de bem viver, de conformidade com o § 1.· do referido art. 399.

Uma duplicata de termos de bem viver e uma pena de prisão, por um facto unico..; mas não será isso absurdo sobre absurdo?

Ainda sinto desejos de levar estas reformações ás suas ultimas consequencias.

O individuo que quebra o termo de bem viver está sujeito ás penas seguintes :

1.· Ser recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes, que se fundarem em ilhas maritimas ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes— art. 400 do Cod. Pen.

2.· Multas até 100$000 ou prisão até 90 dias, arts. 510 e 511 do projecto.

Cinco penas para a reincidencia da mesma contravenção ! ..

E' demais... neste andar um pobre preguiçoso, que a ninguem offende, pode ser punido por egual com o mais perverso dos assassinos.

Logica consequencia do delirio reformista do tempo...

Simelhantes raciocinios applicam-se á mendicidade e embriaguez habitual.

DISPOSIÇÕES DIVERSAS

ARTS. 525 A 527

A lei, o verbo perfeito do direito, no dizer de um publicista allemão, tem uma duração de vida, que se encerra entre o seu nascimento e o seu perecimento.

Ella começa a ter vigor, diz Pessina, do momento em que se apresenta como lei deante dos individuos, e a duração cessa quando uma nova expressão do direito a ella sobrevem.

Do principio de que a lei só se torna obrigatoria do momento em que é conhecida, decorre o pronunciado scientifico de que não póde referir-se ao passado com efficacia retroactiva, aphorismo, diz Gabba, tão antigo como a civilização.

A Constituição o consagra expressamente, de sorte que a lei não pode reger sinão o futuro, e não póde reger o passado com offensa de direitos adquiridos.

Mas tambem é certo que a sciencia tem consagrado que este principio soffre restricção quando se trata de leis concernentes a actos do processo; de sorte que a lei nova processual applica-se aos proprios feitos pendentes, ou aos factos anteriores a ella, mas que sob seu imperio são trazidos a juizo, como expressa-se com verdade o conselheiro Ribas.

O imperio da lei nova refere-se sempre a *ordinatorialitis* —isto é, a todos os termos e actos que dizem respeito á ordem do pleito, e não a *divisoralitis*, isto é, a todos os elementos de que depende a decisão da causa, porque a relação juridica deve ser sempre julgada segundo a lei vigente ao tempo em que se formou.

Simelhante postulado da sciencia, porém, não foi acceito na legislação processual do Estado, que toda é dominada pelo principio generico do art. 23 da lei n. 17, de 1891, segundo o qual a irretroactividade da lei substantiva estende-se ás leis adjectivas.

Ora, mantendo o projecto silencio sobre o ponto magno, terá o interprete amanhã de debater-se num dédalo de questões a que não saberá si applica os principios geraes do direito, si o canon especial do direito positivo.

Tenho d'est'arte servido ao pensamento, que me dominou ao examinar esta parte do projecto: a necessidade de uma expressa disposição neste titulo, que regule a efficacia no tempo da lei nova processual.

CONCLUSÃO

Ahi fica, em pallidas lettras, traçadas ao correr da penna, em vista da urgencia do tempo, quanto suggeriu-me a leitura do projecto, que por vezes critiquei com vehemencia, mas a cujo alto merecimento rendo todas as homenagens, a que tem direito.

E, para bem lançar o ponto final, faço minhas as palavras com que o conselheiro Paula Baptista terminou o prologo da sua—*Pratica do Processo Civil*:—

Não tive, e nem podia ter, a pretenção de apresentar uma obra livre de erros e defeitos; antes neste escripto fui sempre animado pela benevolencia e pelo perdão que devo encontrar da parte dos homens illustrados, cujas correcções e emendas acceitarei com summo prazer.

Carmo da Bagagem, janeiro de 1896.

Tito Fulgencio Alves Pereira.